coleção OAB nacional

Primeira Fase

Depois de alguns anos ministrando aulas em cursos preparatórios para o exame de habilitação profissional da advocacia, acabamos por adquirir uma experiência valiosa, o que nos motivou a conceber esta Coleção OAB Nacional.

Com a proposta de suprir a maior necessidade do bacharel quando este se submete ao exame, qual seja, apreender o maior conteúdo possível por meio de uma linguagem clara, objetiva e concisa, tal empreitada considerou a necessidade de o aluno recordar um grande volume de informações em pouco tempo.

A escolha dos autores foi conduzida de maneira extremamente criteriosa, uma vez que se trata de professores que há muito ministram aulas em cursos preparatórios para o exame de habilitação profissional em âmbito nacional e, portanto, conhecem profundamente as provas de cada banca organizadora no País.

Antecipamos ao leitor que as discussões doutrinárias, quando necessárias, são breves, sem, contudo, deixar de lado o núcleo das disposições, consoante perquirido pelas bancas examinadoras a que nos referimos.

Para facilitar o manuseio, dividimos a Coleção por matérias e, com o objetivo de atender ao interesse dos bacharéis, os temas são apresentados de forma sistemática. Como não poderia ser diferente, não tivemos a pretensão de esgotar nenhum dos temas das matérias de cada volume, pois nosso objetivo é oferecer aos bacharéis meios de absorção de conteúdo em pouco tempo.

Sucesso a todos os concursandos e estudiosos.

Os Coordenadores

ISBN 978-85-02-06980-0

saraivajur.com.br
Visite nosso portal

5

coleção OAB nacional — DIREITO PROCESSUAL PENAL — Flávio Cardoso de Oliveira

ISBN 978-85-02-07318-0 obra completa

Editora Saraiva

coleção OAB nacional

Primeira Fase

DIREITO PROCESSUAL PENAL

5

Flávio Cardoso de Oliveira

De acordo com as Leis n. 11.689, de 9-6-2008; 11.690, de 9-6-2008; e 11.719, de 20-6-2008.

Coordenação geral
Fábio Vieira Figueiredo
Fernando F. Castellani
Marcelo Tadeu Cometti

Editora Saraiva

Coordenação Geral

Fábio Vieira Figueiredo: Advogado, consultor jurídico, parecerista e articulista em Direito Civil. Mestre em Direito Civil Comparado (PUCSP). Pós-graduado em Direito Empresarial e Contratual. Professor concursado e coordenador do Núcleo de Prática e Pesquisa Jurídica da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS), professor da graduação, pós-graduação e do departamento de cursos de extensão da Universidade São Judas Tadeu (USJT) e da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Professor de cursos preparatórios para concursos e OAB. Membro do Instituto de Direito Privado, do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo e do Instituto dos Advogados de São Paulo – CNA. Coordenador pedagógico de cursos preparatórios para concursos do Complexo Jurídico Damásio de Jesus (CJDJ).

Fernando F. Castellani: Advogado e consultor jurídico. Mestre e doutorando em Direito Tributário pela PUCSP. Professor dos cursos do IBET, do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, do Via Saraiva, do Curso Ductor – Campinas e da FACAMP. Diretor acadêmico do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, em São Paulo. Autor do livro *Empresa em crise*: falência e recuperação judicial, por esta Editora.

Marcelo Tadeu Cometti: Advogado, especialista e mestre em Direito Comercial (PUCSP), coordenador pedagógico dos cursos para o Exame da OAB do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e do IDEJUR (Instituto de Desenvolvimento de Estudos Jurídico). Professor de Direito Empresarial nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito Damásio de Jesus e em cursos preparatórios.

coleção OAB nacional

Primeira Fase

DIREITO PROCESSUAL PENAL

5

Flávio Cardoso de Oliveira

De acordo com as Leis n. 11.689, de 9-6-2008; 11.690, de 9-6-2008; e 11.719, de 20-6-2008.

Coordenação geral
Fábio Vieira Figueiredo
Fernando F. Castellani
Marcelo Tadeu Cometti

edição 2009

Editora Saraiva

Editora Saraiva

Av. Marquês de São Vicente, 1697 – CEP 01139-904
Barra Funda – São Paulo-SP
Vendas: (11) 3613-3344 (tel.) / (11) 3611-3268 (fax)
SAC: (11) 3613-3210 (Grande SP) / 0800557688 (outras localidades)
E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br — Acesso: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIG QD 3 BL. B – Loja 97 – Setor Industrial Gráfico
Fone: (61) 2344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565
Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Marquês de São Vicente, 1697 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3613-3000 – São Paulo

ISBN 978-85-02-07318-0 obra completa
ISBN 978-85-02-06980-0 volume 5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Oliveira, Flávio Cardoso de
Direito processual penal, 5 / Flávio Cardoso de Oliveira; coordenação geral Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani, Marcelo Tadeu Cometti. — São Paulo : Saraiva, 2009. -- (Coleção OAB nacional. Primeira fase)

1. Processo penal 2. Processo penal - Brasil I. Figueiredo, Fábio Vieira. II Castellani, Fernando F. III. Cometti, Marcelo Tadeu. IV. Título. V. Série

08-00349 CDU-343.1(81)

Índice para catálogo sistemático:

I. Brasil : Direito processual penal 343.1(81)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Thiago Marcan de Souza
Produção Editorial Ligia Alves
Clarissa Boraschi Maria Coura
Estagiário Vinicius Asevedo Vieira
Arte e diagramação ERJ Composição Editorial
Revisão de provas Know-how Editorial
Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa
Carla Cristina Marques
Capa Know-how Editorial

[DATA DE FECHAMENTO DA EDIÇÃO: 10-9-2008]

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal

À minha família, pela paciência e pelo apoio inestimáveis. Aos meus amigos, pelo incentivo e pela crença no meu trabalho.

Flávio Cardoso de Oliveira

Sumário

Apresentação XIII

1. Processo Penal e Direito Processual Penal. Aplicação da Lei Processual Penal 1

1.1 Processo penal e direito processual penal 1
1.2 Aplicação da lei processual penal 3
1.2.1 A lei processual penal no espaço 3
1.2.2 A lei processual penal no tempo 4
1.2.3 Interpretação extensiva e aplicação analógica da lei processual penal 5
1.2.4 Prazo na lei processual penal 6
Questões 7

2. Princípios do Processo Penal 9

2.1 Princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) 10
2.2 Princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) 11
2.3 Princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF) 11
2.4 Princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) 12
2.5 Princípio da verdade real 13
2.6 Princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF) 13
2.7 Princípio da motivação das decisões (art. 93, IX, da CF) 14
2.8 Princípio da publicidade (arts. 5º, LX e 93, IX, da CF) 15
2.9 Princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) 15
2.10 Princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP) 16
Questões 16

3. Inquérito Policial 20

3.1 Conceito 20
3.2 Características 21
3.2.1 Dispensabilidade 21
3.2.2 Forma escrita (art. 9º do CPP) 22
3.2.3 Sigilo (art. 20 do CPP) 22
3.2.4 Indisponibilidade (art. 17 do CPP) 23
3.2.5 Forma inquisitorial 23
3.3 Incomunicabilidade 24
3.4 Curador 25
3.5 *Notitia criminis* 26
3.6 Formas de início 26
3.7 Providências (art. 6º do CPP) 28
3.8 Conclusão (arts. 10, § 1º e 23 do CPP) 31
3.9 Prazo (art. 10 do CPP) 33
Questões 34

4. Ação Penal 40

4.1 Conceito 40
4.2 Condições da ação 40
4.3 Classificação 41
4.3.1 Ação penal pública 42
4.3.1.1 Ação penal pública incondicionada 44
4.3.1.2 Ação penal pública condicionada 44
4.3.2 Ação penal privada 48
4.3.2.1 Ação penal privada propriamente dita (ou exclusiva) 52
4.3.2.2 Ação penal privada personalíssima 53
4.3.2.3 Ação penal privada subsidiária da pública 53
Questões 54

5. Denúncia e Queixa 59

5.1 Requisitos 59
5.2 Prazos 61
5.3 Causas de rejeição da renúncia ou queixa (art. 395 do CPP) 62
5.4 Recursos contra rejeição ou recebimento 63
Questões 64

6. Ação Civil *Ex Delicto* 66

Questões 69

7. Jurisdição e Competência 71

7.1 Jurisdição 71
7.2 Competência 72
7.2.1 Critérios para a fixação de competência 72
7.2.1.1 Competência em razão da matéria ou natureza da infração 73
7.2.1.2 Competência em razão do cargo ou função do acusado 78
7.2.1.3 Competência em razão do lugar 81
7.2.2 Conexão e continência 85
7.2.2.1 Conexão 86
7.2.2.2 Continência (art. 77 do CPP) 87
7.2.3 Foro prevalente 87
7.2.4 Separação de processos 88
Questões 90

8. Questões e Processos Incidentes 94

8.1 Questões prejudiciais (arts. 92 a 94 do CPP) 94
8.2 Processos incidentes 96
8.2.1 Exceções 97
8.2.1.1 Exceção de suspeição (arts. 96 a 107 do CPP) 97
8.2.1.2 Exceção de incompetência do juízo (arts. 108 e 109 do CPP) 98
8.2.1.3 Exceção de ilegitimidade de parte (art. 110 do CPP) 99
8.2.1.4 Exceção de litispendência e de coisa julgada (art. 110 do CPP) 99
8.2.2 Conflito de jurisdição (arts. 113 a 117 do CPP) 100
8.2.3 Restituição de coisas apreendidas (arts. 118 a 124 do CPP) 101
8.2.4 Medidas assecuratórias (arts. 125 a 144 do CPP) 102
8.2.4.1 Seqüestro (arts. 125 a 133 do CPP) 102
8.2.4.2 Hipoteca legal (arts. 133 a 136) 103
8.2.4.3 Arresto (arts. 137 a 139) 104
8.2.5 Incidente de falsidade (arts. 145 a 148 do CPP) 105
8.2.6 Incidente de insanidade mental do acusado (arts. 149 a 154 do CPP) 106
Questões 107

9. Prova 112

9.1 Objeto de prova 112
9.2 Ônus da prova 114
9.3 Sistemas de apreciação da prova 115

9.4 Prova emprestada 116
9.5 Liberdade de prova 116
9.6 Meios de prova 119
9.6.1 Perícia (arts. 158 a 184 do CPP) 119
9.6.2 Interrogatório (arts. 185 a 196 do CPP) 123
9.6.3 Confissão (arts. 197 a 200 do CPP) 125
9.6.4 Declarações do ofendido (art. 201 do CPP) 127
9.6.5 Testemunhas (arts. 202 a 225 do CPP) 128
9.6.6 Reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228) 130
9.6.7 Acareação (arts. 229 a 230 do CPP) 131
9.6.8 Documentos (arts. 231 a 238 do CPP) 131
9.6.9 Indícios (art. 239 do CPP) 132
9.7 Busca e apreensão (arts. 240 a 250 do CPP) 132
Questões 135

10. Sujeitos Processuais 140

10.1 Juiz 140
10.2 Ministério Público 144
10.3 Acusado 147
10.4 Defensor 148
10.5 Curador do réu menor 150
10.6 Assistente de acusação 151
10.7 Auxiliares da justiça 153
Questões 155

11. Prisão e Liberdade Provisória 157

11.1 Prisão 157
11.1.1 Disposições gerais 158
11.1.1.1 Formas de prisão 158
11.1.1.2 Prisão especial 159
11.1.1.3 Prisão nas eleições 160
11.1.2 Prisão em flagrante 161
11.1.2.1 Hipóteses legais de flagrante 161
11.1.2.2 Espécies ilegais de flagrante 163
11.1.2.3 Impossibilidade de flagrante 164
11.1.2.4 Flagrante nos crimes 165
11.1.2.5 Auto de prisão em flagrante (art. 304 do CPP) 165
11.1.2.6 Nota de culpa 166

11.1.3 Prisão preventiva (arts. 311 a 316) 167
11.1.4 Prisão temporária (Lei n. 7.960/89) 168
11.2 Liberdade provisória (art. 321 e ss. do CPP) 170
11.2.1 Hipóteses em que o acusado se livra solto (art. 321 do CPP) 170
11.2.2 Liberdade provisória sem fiança (art. 310 do CPP) 171
11.2.3 Liberdade provisória com fiança (art. 323 e ss. do CPP) 171
Questões 173

12. Sentença 179

12.1 Princípio da correlação 182
12.1.1 *Emendatio libelli* (art. 383 do CPP) 182
12.1.2 *Mutatio libelli* (art. 384 do CPP) 183
Questões 184

13. Ritos Processuais 188

13.1 Ritos do Código de Processo Penal 189
13.1.1 Rito ordinário (arts. 394 a 405 do CPP) 189
13.1.1.1 Recebimento da denúncia/queixa (ou rejeição liminar) 189
13.1.1.2 Citação 190
13.1.1.3 Defesa prévia (arts. 396 e 396-A do CPP) 193
13.1.1.4 Absolvição sumária ou designação de audiência 193
13.1.1.5 Audiência de instrução e julgamento 194
13.1.2 Rito sumário (arts. 531 a 538 do CPP) 196
13.1.3 Rito do júri 197
13.1.3.1 Fase do sumário da culpa 199
13.1.3.2 Fase do juízo da causa 201
13.1.4 Rito dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518 do CPP) 206
13.1.5 Rito dos crimes contra a honra (arts. 519 a 523 do CPP) 207
13.1.6 Rito dos crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530, I, do CPP) 207
13.2 Ritos de Leis Especiais 208
13.2.1 Rito sumaríssimo (Lei n. 9.099/95) 208
13.2.2 Rito dos crimes de drogas 211
13.2.3 Rito dos crimes falimentares 212
13.2.4 Rito dos crimes de imprensa 212
13.3 Suspensão condicional do processo 213
Questões 214

14. Nulidades 221

14.1 Nulidades em espécie 223
Questões 226

15. Recursos 231

15.1 Teoria geral dos recursos 231
15.1.1 Pressupostos recursais 231
15.1.2 Efeitos dos recursos 233
15.1.3 *Reformatio in pejus* 233
15.1.4 Recurso de ofício 233
15.2 Recursos em espécie 234
15.2.1 Recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP) 234
15.2.2 Apelação (art. 593 do CPP) 236
15.2.3 Embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP) 238
15.2.4 Embargos de declaração (arts. 382 e 619 do CPP) 238
15.2.5 Carta testemunhável (art. 639 do CPP) 238
15.2.6 Agravo em execução (art. 197 da Lei n. 7.210/84) 239
15.2.7 Recurso ordinário constitucional (arts. 102, II e 105, II, *a*, da CF e arts. 30 a 35 da Lei n. 8.038/90) 239
15.2.8 Recurso especial (art. 105, III e arts. 26 a 29 da Lei n. 8.038/90) 240
15.2.9 Recurso extraordinário (art. 102, III, da CF e arts. 26 a 29 da Lei n. 8.038/90) 240
15.2.10 Revisão criminal (art. 621 do CPP) 241
15.2.11 *Habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF e art. 647 do CPP) 242
Questões 243

Referências 248

Apresentação

É com muita honra que apresentamos a Coleção OAB Nacional, coordenada por Fábio Vieira Figueiredo, Fernando F. Castellani e Marcelo Tadeu Cometti, que, tão oportunamente, é editada pela Saraiva, com o objetivo de servir de diretriz a bacharéis que pretendem submeter-se ao exame de habilitação profissional em âmbito nacional.

Esta Coleção primorosa diz respeito às duas fases do exame da OAB: A) A **1ª fase** contém uma parte teórica e outra destinada a exercícios de múltipla escolha, abrangendo doze matérias divididas nos seguintes volumes: 1. *Direito civil*, sobre o qual discorrem Fábio Vieira Figueiredo e Brunno Pandori Giancoli; 2. *Direito processual civil*, tendo como co-autores Simone Diogo Carvalho Figueiredo e Renato Montans de Sá; 3. *Direito comercial*, aos cuidados de Marcelo Tadeu Cometti; 4. *Direito penal*, escrito por Luiz Antônio de Souza; 5. *Direito processual penal*, redigido por Flávio Cardoso de Oliveira; 6. *Direito e processo do trabalho*, confiado a André Horta Moreno Veneziano; 7. *Direito tributário*, de autoria de Fernando F. Castellani; 8. *Direito administrativo*, da lavra de Alexandre Mazza; 9. *Direito constitucional*, a cargo de Luciana Russo; 10. *Ética profissional e Estatuto da advocacia*, redigido por Marco Antonio de Macedo Jr. e Celso Coccaro; 11. *Direito internacional*, do qual se incumbiu Gustavo Bregalda Neves; e 12. *Direitos difusos e coletivos*, que tem por autores Luiz Antônio

de Souza e Vitor Frederico Kümpel. B) A 2ª fase aborda sete matérias, contendo uma parte doutrinária e outra destinada a peças processuais, dividida desta forma: 1. *Direito civil*; 2. *Direito do trabalho*; 3. *Direito tributário*; 4. *Direito penal*; 5. *Direito empresarial*; 6. *Direito constitucional*; e 7. *Direito administrativo*.

Cumpre dizer que os autores foram criteriosamente selecionados pela experiência que têm, por serem professores atuantes em cursos preparatórios para o exame de OAB e profundos conhecedores não só da matéria por eles versada como também do estilo de provas de cada banca examinadora. Todos eles, comprometidos com o ensino jurídico, procuraram, de modo didático e com objetividade e clareza, apresentar sistematicamente os variados institutos, possibilitando uma visão panorâmica de todas as matérias, atendendo assim à necessidade de o candidato recordar as informações recebidas no curso de graduação, em breve período de tempo, levando-o a refletir, pois a forma prática de exposição dos temas abre espaço ao raciocínio e à absorção dos conceitos jurídicos fundamentais, dando-lhe uma orientação segura.

Pela apresentação de um quadro devidamente programado, pela qualidade da análise interpretativa dos institutos pertencentes aos vários ramos jurídicos, pela relevância dada à abordagem prática, pelo aspecto nitidamente didático e pela objetividade, esta Coleção, que, em boa hora, vem a lume, será de grande importância aos que pretendem obter habilitação profissional e a toda a comunidade jurídico-acadêmica, por traçar os rumos a serem trilhados na prática da profissão.

São Paulo, 18 de abril de 2008.

Maria Helena Diniz

1

Processo Penal e Direito Processual Penal. Aplicação da Lei Processual Penal

1.1 Processo penal e direito processual penal

O ser humano é sociável por natureza. Sabe-se que desde os primórdios da humanidade existem agrupamentos sociais. Para a harmônica convivência dos integrantes de determinado grupo, é necessária a imposição de normas de conduta. Com a evolução das sociedades, o controle das relações sociais passou a ser formalmente exercido pelo Direito.

As normas jurídicas surgem, então, para regular a relação entre os componentes de uma sociedade e também as relações entre os indivíduos e o próprio Estado. Quem viola uma norma de conduta está sujeito à sanção estatal. Existem normas, contudo, que dizem respeito ao interesse de toda a coletividade, ou seja, à ordem social. Um homicídio, por exemplo, intranqüiliza a sociedade e desestabiliza a ordem pública. Não se cogita, portanto, de deixar tal ilícito na esfera de interesse do autor do fato e da vítima ou, no caso, de familiares dela, pois toda a sociedade tem interesse na repressão a tal conduta, ao contrário do que acontece com um acidente entre dois automóveis, no qual um deles sai danificado e se impõe ao motorista culpado a reparação daquele dano. Neste caso, apenas os dois interesses estão envolvidos.

Os bens cuja proteção importa a toda a coletividade então recebem a tutela *penal* do Estado. Ser tutelado penalmente significa ter como reação à sua violação a mais grave das sanções: a pena. Nessa esteira, quando um ilícito penal é praticado, surge para o Estado o direito de punir o autor do ilícito, ou seja, nasce para o Estado o *jus puniendi*. O *jus puniendi* pode ser definido como o poder que o Estado tem de sancionar aquele que violou uma norma tutelada penalmente.

É de lembrar que, como os interesses tutelados pelas normas penais são de interesse público, não se trata somente de um direito de o Estado punir o agente criminoso, e sim de um verdadeiro dever, uma vez que, praticado um delito, a sociedade exige que seu autor seja punido.

Como visto, praticado um ilícito penal e surgido o *jus puniendi* para o Estado, delineia-se uma relação jurídica de direito penal, isto é, de um lado, o órgão estatal investido do poder de punir (Estado-juiz) busca, por meio dos mecanismos legais, efetivar a punição; de outro, aquele sobre quem pesa a imputação de haver infringido a lei penal busca se defender, busca não se submeter à sanção.

Estabelece-se, dessa forma, um conflito de interesses entre o Estado e o indivíduo (ou, em casos excepcionais, a pessoa jurídica, como previsto na Lei n. 9.605/98): um conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade da pessoa (*jus libertatis*), pois, via de regra, o direito penal se utiliza da privação de liberdade como sanção. Ao interesse de o Estado impor a sanção penal denominamos *pretensão punitiva*.

No instante em que há a oposição de uma parte à pretensão punitiva estatal, passa a existir a *lide penal*, entendida como "o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro" (MIRABETE, 2006, p. 5). Tal conflito de interesses não pode permanecer sem solução. De fato, de nada adiantaria o Direito estabelecer regras de conduta para a melhor convivência entre as pessoas se um conflito permanecesse sem solução; a ordem social estaria comprometida do mesmo

modo. É preciso, então, utilizar-se de mecanismo dotado de regras e garantias destinadas aos sujeitos nele envolvidos. O instrumento estatal destinado a solucionar a lide penal é o que denominamos *Processo Penal*. Tendo em vista tal definição, podemos dizer que o Direito Processual Penal consiste, na definição de José Frederico Marques, no "conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como da persecução penal" (*apud* TOURINHO FILHO, 2005, p. 13).

Hoje a idéia de processo penal está ligada à Constituição da República. Impensável é a leitura do processo penal sem que seja à luz da Constituição, pois, em grande parte, as normas presentes em nosso Código são absolutamente anacrônicas, inquisitivas, em descompasso com as garantias da Lei Maior. Assim, "do íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional. Entre nós, destaca-se o trabalho desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, que deu especial atenção ao exame constitucional do direito processual. Pondera: 'O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição'" (FERNANDES, 2007, p. 20).

Começaremos nosso estudo pela análise das regras atinentes à aplicação da lei processual penal.

1.2 Aplicação da lei processual penal

1.2.1 A lei processual penal no espaço

A lei processual penal aplica-se aos processos que vierem a se desenvolver em território brasileiro, sem prejuízo de convenções,

tratados e regras de direito internacional. É a consagração do princípio *locus regit actum*. Segundo o art. 1º do Código de Processo Penal, os processos em regra serão regidos pelo próprio Código, exceto se houver lei especial regulando a matéria. Nestes termos, a lei processual penal brasileira só vale dentro dos limites territoriais brasileiros. Se o processo tiver tramitação no estrangeiro, ficará sujeito às leis processuais do respectivo país. Se o crime, apesar de cometido no exterior, desenrola-se no Brasil, é a lei processual brasileira que o regula.

Não se pode esquecer, ainda, que o Brasil aceitou se submeter ao Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma em 1998. Sua incorporação se deu por meio do Decreto n. 4.388/2002, havendo disposição expressa também no art. 5º, § 4º, da Constituição da República. Embora em um primeiro momento possa parecer haver conflito entre as duas jurisdições, tal conflito se dissolve quando se observam alguns aspectos da redação do Estatuto.

Em primeiro lugar, não se trata de *jurisdição estrangeira*, e sim de *jurisdição internacional*, à qual todos os signatários se submetem. Além disso, o TPI tem caráter *subsidiário* à jurisdição interna de um país, isto é, nos casos dos crimes de sua competência só deverá agir se o Estado-membro "não teve vontade" ou foi incapaz de levar adiante inquérito ou procedimento. São crimes da competência do TPI: *genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão*.

1.2.2 A lei processual penal no tempo

Quanto à aplicação no tempo, o processo penal adotou o princípio da aplicação imediata das normas processuais – *tempus regit actum* – sem efeito retroativo. É o que estampa o art. 2º do CPP: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

Assim, a lei processual penal que entra em vigor passa a reger os atos processuais dali para frente. Os atos praticados sob a égide da lei anterior são considerados válidos. Vejamos um exemplo: um

processo está em andamento sob as regras da Lei n. 1, em pleno vigor, que prevê a oitiva de três testemunhas para cada parte naquele tipo de procedimento, tendo todas elas já sido ouvidas. Neste momento, entra em vigora a Lei n. 2, aumentando o número de testemunhas, naquele procedimento, para cinco. Não há que se falar em ouvir mais duas testemunhas somente porque a nova lei autoriza, pois se trata de ato já praticado naquele processo, ou seja, a Lei n. 2 não retroagirá. Os demais processos que vierem a se desenvolver posteriormente obedecerão à nova disposição.

Há, porém, uma ressalva, que diz respeito às normas mistas, ou seja, de caráter processual e material, conjuntamente. Se a norma contiver disposições de ordem material, ou seja, que digam respeito ao *jus puniendi* estatal, além de conteúdo processual, deve prevalecer, para aplicação no tempo, o conteúdo de caráter material, aplicando-se o art. 2º e parágrafo único do CP: se a norma beneficia o acusado, retroage; se não beneficia, não retroage.

1.2.3 Interpretação extensiva e aplicação analógica da lei processual penal

Dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal que "a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". Assim, dentre as diversas formas de interpretar a lei, o processo penal autoriza expressamente a interpretação extensiva, isto é, ampliando o alcance da lei, extraindo-se de sua análise que o dispositivo disse menos do que pretendeu o legislador. Exemplo: onde se lê "réu", no Código, pode-se ler "indiciado". Da mesma forma, autoriza a aplicação analógica, que "significa o emprego da analogia, que é a aplicação da lei a casos semelhantes por ela regulados" (DAMÁSIO DE JESUS, 2006, p. 4). Exemplo: admitir a retratação da requisição oferecida pelo Ministro da Justiça, na ação penal a ela condicionada.

1.2.4 Prazo na lei processual penal

Muito embora os dispositivos disciplinadores da contagem do prazo em processo penal venham inseridos nas "Disposições Gerais", parte final do Código, não constituindo, tecnicamente, objeto de aplicação da lei, convém, neste momento, traçar algumas regras a seu respeito, com mera finalidade didática.

Para a contagem dos prazos processuais – ao contrário dos prazos penais –, não se computa o dia do começo e inclui-se o do final, nos termos do art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal. Dessa forma, se a parte é intimada hoje de uma decisão, seu prazo começará a fluir amanhã, a menos que não haja expediente forense. É o que explica a Súmula 310 do STF: "Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará no primeiro dia útil que se seguir". Da mesma forma, se o término do prazo se der em domingo ou feriado, será prorrogado até o dia útil imediato (art. 798, § 3º, do CPP).

A regra no processo penal é correrem os prazos (art. 798, § 5º, do CPP):

a. da intimação;
b. da audiência ou sessão de julgamento em que for proferida a decisão, estando presente a parte;
c. do dia em que a parte manifestar, nos autos, ciência inequívoca da sentença ou despacho.

Assim, não há que se falar em contagem do prazo a partir da juntada de mandado, cumprido pelo oficial de justiça, ou de carta precatória, devolvida pelo juízo deprecante. É este o teor da Súmula 710 do STF: "No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem".

Questões

1. **(OAB/SP – 117º) Os prazos processuais são computados:**
   (A) Excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento do prazo.
   (B) Incluindo-se o dia do começo do prazo.
   (C) Incluindo-se o dia do começo e o do final do prazo.
   (D) Excluindo-se o dia do começo e o do final do prazo.

2. **(OAB/SP – 121º) Proferida sentença criminal condenatória em audiência numa sexta-feira, o *dies ad quem* para a interposição do recurso terminará na:**
   (A) Segunda-feira seguinte.
   (B) Quarta-feira seguinte
   (C) Sexta-feira seguinte.
   (D) Quinta-feira seguinte.

3. **(OAB/SP – 122º) O advogado intimado da sentença condenatória de seu cliente no dia 19 de novembro de 2003 (quarta-feira) deveria apelar até o dia:**
   (A) 23 de novembro de 2003.
   (B) 24 de novembro de 2003.
   (C) 03 de dezembro de 2003.
   (D) 04 de dezembro de 2003.

4. **(OAB/SP – 122º) A lei processual penal em vigor aplica-se:**
   (A) Somente aos fatos ocorridos após a sua vigência.
   (B) Desde logo, apenas se for mais benéfica ao acusado.
   (C) Desde logo, desde que não tenha sido prolatada sentença sujeita a recurso.
   (D) Desde logo, independentemente de ser mais benéfica ou mais severa ao acusado.

5. **(OAB/DF – 2005.1) Sobre a lei processual penal, assinale a alternativa incorreta:**
   (A) Possui aplicabilidade direta, invalidando os atos praticados sob a vigência da lei anterior.

(B) Admitirá aplicação analógica e a interpretação extensiva.
(C) Possui aplicabilidade direta, sem prejudicar a validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.
(D) Admitirá, quando for o caso, a aplicação dos princípios gerais de direito.

6. **(OAB/SC – 2006.2) Advogado intimado da sentença condenatória de seu cliente no dia 24 de julho de 2006 (segunda-feira) deverá apelar do decreto até o dia:**
(A) 31 de julho de 2006.
(B) 01 de agosto de 2006.
(C) 28 de julho de 2006.
(D) 29 de julho de 2006.

Gabarito

1. A
2. C
3. B
4. D
5. A
6. A

2

Princípios do Processo Penal

Os princípios são enunciados que orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Podem ser explícitos, isto é, estampados em norma legal, ou implícitos, ou seja, extraídos da interpretação que se faz do conjunto de normas.

No Brasil, tendo em vista a importância do bem jurídico em questão na discussão de uma causa penal – via de regra, a liberdade –, boa parte dos princípios informadores do processo penal está disposta na Constituição da República, entre os direitos e garantias individuais. A maioria deles, por seu turno, é repercussão da adesão do Brasil à *Convenção Americana de Direitos Humanos*, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, ratificada pelo País em 25 de setembro de 1992 e promulgada por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

Não bastasse a inspiração, a própria Convenção pode vir a ganhar *status* de emenda constitucional se aprovada em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos, nos termos da redação do art. 5º, § 3º, da Constituição da República, acrescido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Vejamos quais são os mais importantes princípios informadores de nosso processo penal:

2.1 Princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)

Estabelece a Constituição da República que "ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal". É a garantia de que só será considerada legítima a condenação de alguém se o processo for desenvolvido na forma que estabelece a lei, ou seja, observando-se as regras e os princípios processuais. É a consagração da impossibilidade de o Estado impor uma sanção a alguém, direta e arbitrariamente, tão logo tome conhecimento da prática de uma infração penal.

Em relação ao Processo Penal, exige-se maior rigor na observância de formas legais, uma vez que ele é informado por inúmeras garantias constitucionais. Observar o devido processo legal é assegurar as garantias constitucionais das partes. Pode-se dizer que o devido processual legal também importa diretamente à sociedade, pois a eventual condenação com desrespeito às normas vigentes poderá vir a ser desconstituída, confrontando o interesse social, que é o da repressão do delito.

Na realidade, o princípio em foco é a verdadeira reunião da observância de todos os demais aplicáveis ao processo penal. A propósito, indicando a incidência de regras processuais especificamente do campo penal, a doutrina menciona a existência do *devido processo penal*, com as seguintes garantias:

"**a.** de acesso à Justiça Penal;
b. do juiz natural em matéria penal;
c. de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal;
d. da plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes;
e. da publicidade dos atos processuais penais;
f. da motivação dos atos decisórios penais;
g. da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e
h. da legalidade da execução penal" (TUCCI, 2003, p. 207-208).

2.2 Princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)

Consiste em o Estado proporcionar ao acusado todos os meios lícitos para se defender da imputação que lhe é dirigida. Em outras palavras, tudo o que não for contrário à lei pode ser utilizado, com o amparo estatal, pelo acusado para a promoção de sua defesa.

A ampla defesa se perfaz pelo desdobramento de duas modalidades de defesa: a *autodefesa* – a pessoal – e a *defesa técnica* – por defensor. Não se pode olvidar que faz parte também da ampla defesa assegurar ao acusado hipossuficiente a assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV, da CF).

A *autodefesa* se realiza notadamente no interrogatório, ato em que o acusado é ouvido a respeito da imputação que lhe é dirigida, mas se perfaz também com a participação na colheita da prova, precipuamente na participação em audiência.

A *defesa técnica* é aquela exercida por profissional habilitado, qual seja, o advogado. Pode este ser constituído, ou seja, escolhido e nomeado pelo acusado, ou dativo, nomeado pelo juiz. A defesa técnica só atenderá ao princípio da ampla defesa se for eficiente. A respeito, a Súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta de defesa consiste em nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu". Lembre-se de que a nomeação de defensor dativo ao acusado antes que ele possa constituir um de sua confiança fere o princípio em questão. A nomeação pelo juízo é sempre subsidiária.

Cumpre ressaltar que no Júri, nos termos da Constituição da República, art. 5º, XXXVIII, vigora a plenitude de defesa, que alguns entendem ser ainda maior do que a ampla defesa garantida nos processos penais comuns, como será visto quando da análise do rito para apuração dos crimes dolosos contra a vida.

2.3 Princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF)

O princípio basilar da sistemática processual estabelece que as partes devem ser ouvidas e ter oportunidade de se manifestar em

igualdade de condições. O processo só atingirá seus fins se houver equilíbrio entre as partes. É conhecida a expressão "paridade de armas", pela qual alguns autores se referem ao contraditório. Ela condensa a idéia de que, no processo, as partes devem ter as mesmas oportunidades, não devendo uma ser mais "municiada" do que a outra. É o tratamento paritário dos sujeitos parciais da relação jurídica processual.

O contraditório é essencial ao processo, porém dispensado no inquérito policial. Por essa razão, não se pode condenar um acusado baseando-se exclusivamente em provas colhidas na peça informativa.

2.4 Princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF)

Na redação constitucional, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". É também chamado de princípio da presunção de não-culpabilidade, pois a Constituição da República não presume a inocência, mas diz que o sujeito não é considerado culpado, ou, ainda, de princípio do estado de inocência, uma vez que indica o estado jurídico do acusado durante o processo.

Diante da presunção de inocência e do enfoque constitucional que merece o processo penal, a prisão cautelar passou a ser medida de exceção em nosso sistema processual, ou seja, ela só deve ser imposta em caso de comprovada necessidade, como verdadeira medida cautelar que é.

Na mesma esteira, se o réu é presumidamente inocente, só poderá advir condenação se o julgador tiver plena convicção de sua culpa, bastando para a absolvição a dúvida. Se não foi possível afastar a presunção, deve-se absolver. Da mesma forma deve ser feita a valoração das provas: na dúvida, decide-se em favor do réu (princípio do *favor rei*, corolário da presunção de inocência).

2.5 Princípio da verdade real

No processo penal, deve-se buscar recriar os fatos como se passaram na realidade, não devendo o juiz se conformar com a eventual verdade formal criada nos autos. Ainda que se saiba que tal tarefa é um tanto quanto difícil no caso concreto, deve-se buscar aproximar-se o quanto possível da realidade dos fatos. É a busca da "verdade verdadeira".

Difere do processo civil, no qual vigora a verdade formal, pois neste, para aplicar o direito, via de regra, basta ao juiz conformar-se com a verdade trazida aos autos; não há necessidade de buscar a verdade real.

Tal princípio, contudo, comporta algumas exceções no processo penal, a saber:

a. impossibilidade de apresentar documentos no Plenário do Júri, sem ter dado ciência à outra parte, no mínimo, três dias antes (art. 479 do CPP);

b. impossibilidade de revisão criminal em favor da sociedade (art. 621 do CPP);

c. inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF);

d. transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95);

e. extinção de punibilidade (art. 107 do CP).

2.6 Princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF)

Estabelece o princípio do juiz natural que o autor de uma infração penal só poderá ser processado e julgado perante o órgão jurisdicional competente, conforme previsão da Constituição Federal, ou seja, *juiz natural* é aquele conhecido anteriormente ao fato acontecer.

Daí decorre que não haverá tribunal nem juízo de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF), isto é, aquele criado para julgar fatos determinados, praticados anteriormente à sua existência, como ocorreu com o Tribunal de Nuremberg, na Alemanha, criado para julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, e, mais recentemente, com os tribunais de exceção na ex-Iugoslávia e em Ruanda.

A título de ilustração, é válido lembrar que o *Tribunal Penal Internacional* consistiu na tentativa de acabar com os tribunais de exceção pelo mundo, buscando concentrar o julgamento de determinados crimes, basicamente quando o país envolvido não desenvolve o regular processo para sua apuração.

Cumpre lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal tem adotado, em suas decisões, o *princípio do promotor natural*, que segue o mesmo raciocínio do juiz natural, isto é, pelas regras de atribuição de funções, o membro do Ministério Público já deve ser previamente conhecido e não ser designado para um fato específico, após sua ocorrência.

2.7 Princípio da motivação das decisões (art. 93, IX, da CF)

As decisões judiciais precisam sempre ser motivadas para garantir as partes contra o arbítrio do julgador, que deve, assim, expor os motivos pelos quais decidiu de tal forma, ou seja, "por que" decidiu em determinado sentido.

Tal princípio encontra grande exceção em nosso sistema processual no que diz respeito à decisão proferida pelos jurados, integrantes do Conselho de Sentença, no Tribunal do Júri. Os jurados decidem por íntima convicção, sendo impedidos de manifestar as razões que os levaram a adotar um ou outro caminho na decisão da causa.

2.8 Princípio da publicidade (arts. 5º, LX e 93, IX, da CF)

Princípio que determina que os atos judiciais devem ser públicos, afastando, via de regra, o sigilo, que caracteriza os procedimentos inquisitivos. Tal princípio é verdadeiro instrumento de controle social, pois com a publicidade dos atos a sociedade se garante contra eventual arbítrio do julgador.

A regra é que a publicidade seja *ampla*, porém comporta exceções. Ela será *restrita* nos casos em que a defesa da intimidade e o interesse social exigirem. Neste caso, a publicidade dar-se-á somente em relação às partes e aos seus procuradores ou somente em relação a estes.

2.9 Princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF)

Presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi adotado explicitamente pela Constituição da República, após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004. Estabelece que o Estado deve garantir a celeridade necessária para que o processo termine em "prazo razoável", ou seja, no tempo adequado para atingir a sua finalidade, sem constrangimentos inúteis.

Especial atenção deve ser dada ao processo em que o réu esteja preso cautelarmente, evitando que perdure por longo tempo, pois, neste caso, além do natural constrangimento por responder a processo criminal por longo período, a liberdade cerceada pode trazer sérias conseqüências para o indivíduo, mormente se vier a ser absolvido.

2.10 Princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP)

Antes presente no processo penal apenas a título de exceção – no julgamento pelo Conselho de Sentença, no Júri – o princípio da identidade física do juiz surge como regra através da nova redação dada ao art. 399 e parágrafos, do Código de Processo Penal, pela Lei n. 11.719/2008. Estabelece que o magistrado que presidiu a instrução criminal é quem deve julgar o processo, ou seja, o juiz que tomou contato com a produção da prova é quem vai decidir a causa.

Questões

1. **(OAB/NE – 2005/1) Só a defesa possui certos recursos e só à defesa cabe requerer ação rescisória penal – revisão criminal. Essa frase indica o princípio**
   (A) Do estado de inocência.
   (B) Do devido processo legal.
   (C) Do *favor rei*.
   (D) Da indisponibilidade.

2. **(OAB/RJ – 2005 – adaptada) Mário foi denunciado perante a 45.ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. A peça foi recebida pelo Juiz titular, que realizou o interrogatório do réu, presidindo a fase instrutória do processo. Encerrada a instrução do feito, foi prolatada sentença condenatória pelo juiz substituto daquela Vara. De acordo com a lei processual penal, assinale a opção correta:**
   (A) A sentença é nula, porque foi prolatada por juiz que não presidiu a instrução do feito, em desacordo com o princípio da identidade física do juiz.
   (B) A sentença é nula, porque viola o princípio do juiz natural.
   (C) A sentença é nula, porque ao Juiz substituto é vedada a prolação de decisão definitiva ou terminativa.
   (D) Não há nulidade na sentença, porque não se violou o princípio da identidade física do juiz.

3. **(OAB/MG – 2005/3) Os atos do processo abaixo relacionam-se com a garantia da ampla defesa, exceto:**
   (A) Intimação exclusivamente do defensor do acusado da decisão do juiz que condena o réu.
   (B) Entrevista reservada do acusado com seu defensor antes do interrogatório.
   (C) Citação pessoal do acusado preso.
   (D) Presença do defensor do acusado a todos os atos do processo.

4. **(OAB/SP – 131°) Aponte a alternativa que não corresponde à norma da Constituição Federal:**
   (A) A prisão, exceto em flagrante delito, depende de decisão judicial fundamentada.
   (B) Não se admite prova obtida por meios ilícitos.
   (C) No terrorismo, não será admitida progressão de regime.
   (D) As Comissões Parlamentares de Inquérito têm poderes de investigação próprios da autoridade judiciária.

5. **(OAB/RS – 01/2006) Os princípios constitucionais, no que se refere à matéria penal e processual penal, têm por objetivo:**
   (A) Garantir à sociedade a aplicação da legislação, evitando o aumento da criminalidade.
   (B) Limitar o poder estatal tanto na elaboração quanto na aplicação da lei penal e processual.
   (C) Garantir, ao poder estatal, o implemento de novas formas de punir.
   (D) Limitar a sociedade na elaboração de novas formas de punir.

6. **(OAB/DF – 2005.03) O princípio da busca da verdade real, que rege a ação penal, permite ao Juiz do processo:**
   (A) No curso da instrução e antes da sentença, ordenar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.
   (B) Esclarecer pontos obscuros, circunscritos, porém, ao âmbito restrito de provas apresentadas pelas partes, porque o ônus da prova compete a quem a alega.
   (C) Fazer perguntas, em primeiro lugar, às testemunhas informantes e peritos, nas inquirições judiciais, antes das partes.
   (D) Determinar, de ofício, mesmo depois de proferida a sentença, diligências para afastar dúvida sobre o ponto relevante mencionado no recurso interposto.

7. (OAB/SP – 110°) A recusa do acusado em se manifestar quando de seu interrogatório judicial pode ser recebida pelo juiz como prova capaz de gerar o reconhecimento do crime a ele imputado ou:
   (A) O direito ao silêncio só é admitido na fase policial, e não na judicial.
   (B) O direito ao silêncio é prerrogativa constitucional, e jamais poderá ser utilizado contra o réu.
   (C) O Juiz deve consignar as perguntas a ele destinadas, aplicando-lhe a pena de confissão tácita.
   (D) O réu pode calar-se diante do juiz, fato que será utilizado contra ele.

8. (OAB/SP – 124° – adaptada) O juiz indefere pedido do advogado de defesa para realização de perícia, após o término da instrução. Aponte, entre as alternativas, a que representa proceder do advogado admitido pela legislação:
   (A) Deve reiterar o pedido nas alegações finais e, se novamente rejeitado na sentença, interpor apelação e, como matéria preliminar, alegar nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa.
   (B) Deve interpor recurso em sentido estrito com alegação de cerceamento do direito da defesa e pedir a suspensão do processo.
   (C) Deve interpor recurso em sentido estrito com alegação de que o juiz não pode indeferir requerimento de produção de prova pela defesa e pedir a suspensão do processo.
   (D) Deve se recusar a apresentar as alegações finais, porque está sendo impedido o exercício do direito constitucional da ampla defesa, e apresentar correição parcial contra o ato do juiz.

9. (CESPE – 2007.1) Com relação ao processo penal, assinale a opção incorreta:
   (A) O acusado, embora preso, tem o direito de comparecer, de assistir e de presenciar, sob pena de nulidade absoluta, os atos processuais, notadamente aqueles que se produzem na fase de instrução do processo penal, que se realiza, sempre, sob a égide do contraditório.
   (B) O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do *due process of law*.

   (C) São irrelevantes as alegações do poder público concernentes à dificuldade ou inconveniência de proceder à remoção de acusados presos a outros pontos do Estado ou do País, pois razões de mera conveniência administrativa não têm precedência sobre as inafastáveis exigências de cumprimento e respeito ao que determina a Constituição.
   (D) O estatuto constitucional do direito de defesa é um complexo de princípios e de normas que amparam os acusados em sede de persecução criminal, exceto os réus processados por suposta prática de crimes hediondos ou de delitos a estes equiparados.

Gabarito

1. C
2. A
3. A
4. C
5. B
6. A
7. B
8. A
9. D

3

Inquérito Policial

3.1 Conceito

Inquérito policial é o procedimento administrativo, de caráter investigatório, que tem por fim a colheita de elementos para subsidiar a propositura da ação penal.

Extrai-se desse conceito que o inquérito policial *não é processo*, e sim procedimento administrativo informativo, que visa dar elementos para a propositura da ação penal ao seu titular. Por esse motivo não incidem as garantias aplicadas ao processo penal, tais como *ampla defesa* e *contraditório*. Pode-se falar, dessa forma, que não há acusação no inquérito policial, há apenas investigação conduzida pelo órgão especializado para tal fim, tendo em vista a apuração de uma infração penal e sua autoria.

Como o inquérito policial é mero procedimento informativo, eventuais vícios em sua elaboração não acarretam nulidade à ação penal que vier a ser instaurada com base nele. Tais vícios podem macular o próprio ato, trazendo eventualmente alguma conseqüência – como ter por inválido o reconhecimento de pessoa realizado fora dos ditames legais ou o interrogatório de indiciado sem observância de suas garantias –, mas não invalidam o todo, muito menos a ação penal.

Pela mesma razão, o valor probatório do inquérito policial é relativo, ou seja, não é possível amparar condenação em provas colhidas *exclusivamente* no inquérito policial e não repetidas em juízo, pois, se tal fosse admitido, haveria violação ao princípio do contraditório, que só existe na fase judicial da persecução. A título de ilustração, se uma confissão é colhida em sede de inquérito, mas não é repetida em juízo, nem é amparada por outros elementos de prova, ela não autoriza eventual condenação, pois é realizada longe do crivo do contraditório, essencial para o desenvolvimento válido e regular do processo penal.

É evidente que determinadas provas, como as perícias, via de regra, não apresentam a necessidade de serem refeitas na fase judicial, uma vez que são realizadas por órgãos oficiais, tendo algumas delas, inclusive, momento oportuno para serem produzidas, sob pena de perecimento do objeto de análise. Além disso, pode a perícia da fase policial ser impugnada na fase processual, caso o acusado queira apontar alguma irregularidade, possibilitando sua discussão sob a luz do contraditório.

3.2 Características

Para melhor compreensão da essência do inquérito policial, faz-se necessária a análise de suas principais características. São elas:

3.2.1 Dispensabilidade

O inquérito policial, como peça informativa, é importante para o recolhimento de elementos que elucidem o crime, para a apuração do delito, mas isso não significa dizer que é indispensável. Caso o titular da ação penal já conte com elementos suficientes para formar sua *opinio delicti*, pode dispensar a instauração de inquérito e utilizar-se dos mencionados elementos para amparar a denúncia ou a queixa, consoante os arts. 12; 27; 39, § 5º; e 46, § 1º, todos do

Código de Processo Penal. Há crimes em que a prova acusatória é essencialmente documental, de modo que, de posse desses elementos, tem-se o *fumus boni iuris* necessário para a propositura da ação competente, sendo de todo dispensável a peça investigatória. É o que acontece, em muitos casos, nos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), em que o próprio sistema informatizado do órgão previdenciário fornece os dados a respeito de eventual não-recolhimento da contribuição previdenciária retida pelo empregador e não repassada à Previdência, nos termos da lei.

3.2.2 Forma escrita (art. 9º do CPP)

Como o inquérito policial é destinado à colheita de elementos para amparar a propositura de ação penal, não se pode concebê-lo sob a forma oral. Nos termos do Código, as peças devem ser, portanto, escritas de próprio punho ou datilografadas, impondo-se, neste caso, a rubrica da autoridade. O dispositivo deve ser interpretado extensivamente para ler também *digitadas* as peças, tendo em vista a informatização crescente dos órgãos policiais.

3.2.3 Sigilo (art. 20 do CPP)

Nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal, a autoridade assegurará o sigilo necessário à apuração dos fatos ou exigido pelo interesse da sociedade. Natural que seja o inquérito policial sigiloso, pois a publicidade, quando se trata de investigação, pode ser prejudicial ao seu desenvolvimento, mormente quando se alerta para os próximos passos que ela seguirá.

O dispositivo, contudo, não se aplica ao juiz, já que é ele quem, como autoridade judiciária, em última análise, vai verificar a legalidade dos atos investigatórios. Também não se aplica aos membros do Ministério Público, uma vez que esse órgão é o titular da ação penal pública – a regra em nosso sistema –, constituindo-se, portanto, no destinatário das investigações policiais, além de exercer o controle externo da atividade policial.

Tem-se entendido que tal controle compreende a possibilidade de o órgão ministerial acompanhar a produção da prova, acessar documentos colhidos na investigação, requisitar diretamente diligências à autoridade policial, entre outras medidas.

E quanto ao advogado? Está ele submetido à regra de sigilo ou não? A Lei n. 8.096/94, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, estabelece, em seu art. 7º, XIV, que é direito do advogado "examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos". Portanto, o advogado não se sujeita à regra do sigilo, mesmo que não esteja na posse de procuração outorgada pelo cliente. Trata-se de prerrogativa do advogado, mas não só. É também forma de garantir a ampla defesa constitucional do indivíduo, que tem o direito de tomar conhecimento do que é colhido a seu respeito. Caso o direito de acesso aos autos pelo advogado seja obstado, poderá ele impetrar mandado de segurança, uma vez que se trata de direito líquido e certo.

3.2.4 Indisponibilidade (art. 17 do CPP)

Uma vez instaurado o inquérito policial, a autoridade policial não poderá arquivá-lo. Isso quer dizer que, mesmo que nada seja apurado de consistente, não cabe ao delegado de polícia promover o arquivamento da peça; deve ele encerrá-lo formalmente, nos termos da lei. Assim, encerradas as investigações, frutíferas ou infrutíferas, deve a autoridade policial promover o encaminhamento dos autos ao juiz competente, que abrirá vista ao titular da ação penal para promovê-la ou não, de acordo com o que foi apurado. É atribuição do titular requerer o arquivamento e do juiz determiná-lo.

3.2.5 Forma inquisitorial

O inquérito policial tem natureza inquisitiva. Isso quer dizer que o procedimento se concentra nas mãos de uma só autoridade, isto

é, toda a ação e a determinação de atos partem de um único órgão, não havendo separação em órgãos distintos. Lembre-se de que, em relação ao *processo*, vigora entre nós o *sistema acusatório*, no qual há a separação de funções entre órgãos diversos: um julga, outro acusa e um terceiro defende o réu. Tal não ocorre no inquérito, o qual, como visto, não está sujeito às regras processuais. A forma inquisitorial, contudo, não traduz a idéia de que a autoridade policial possa agir arbitrariamente; há apenas concentração de atos em um único órgão. Sua conduta à frente da investigação deve se pautar pela absoluta legalidade. Nos termos do art. 4º do Código de Processo Penal, e do art. 144, § 4º, da Constituição Federal, nos Estados da Federação, compete à Polícia Civil, chefiada por delegados de carreira, a apuração das infrações penais e de sua autoria. No âmbito federal, tal incumbência é da Polícia Federal (art. 144, § 1º, da CF).

Reiterando o que já dissemos anteriormente, não há que se falar em acusação no inquérito policial. Prova disso é o dispositivo de que não se poderá alegar suspeição da autoridade policial – art. 107 do Código de Processo Penal –, mas nem por isso, repita-se, o delegado de polícia está desobrigado a pautar-se pela estrita legalidade na condução das investigações.

A despeito de não haver contraditório, o ofendido e o indiciado podem requerer diligências (art. 14 do CPP), que, por sua vez, podem ser indeferidas pela autoridade policial, salvo o exame de corpo de delito (art. 184 do CPP).

3.3 Incomunicabilidade

Dispõe o art. 21 do Código de Processo Penal que "a incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou conveniência da investigação o exigir". Estamos diante da hipótese, então, de impedir o contato do indiciado preso com outras pessoas, tendo em vista o interesse social e da investigação, o que só pode

ocorrer mediante despacho da autoridade judiciária, pelo prazo máximo de três dias, garantindo-se a entrevista com seu advogado, nos termos do art. 7º, III, da Lei n. 8.906/94.

A maior parte da doutrina considera que o dispositivo em foco não foi recepcionado pela Constituição da República, uma vez que, em seu art. 136, § 3º, IV, a Carta veda a incomunicabilidade do preso durante o estado de defesa. Argumentam os doutrinadores que, se em um estado excepcional de restrição às liberdades individuais, como é o estado de defesa, não se admite tornar alguém incomunicável, com menos razão poderia se admitir durante uma investigação comum, no curso de um inquérito policial.

Há quem sustente, contudo, a vigência do instituto, como é o caso de Damásio E. de Jesus: "Em primeiro lugar, a proibição diz respeito ao período em que ocorrer a decretação do estado de defesa (art. 136, *caput*, da CF), aplicável à 'prisão por crime contra o Estado' (§ 3º, I), infração de natureza política. Em segundo lugar, o legislador constituinte, se quisesse elevar tal proibição à categoria de princípio geral, certamente a teria inserido no art. 5º, ao lado de outros mandamentos que procuram resguardar os direitos do preso".

3.4 Curador

O art. 15 do Código de Processo Penal estabelece a necessidade de um curador acompanhar o indiciado menor nos atos do inquérito policial. Acompanhamos o entendimento amplamente majoritário da doutrina, no sentido de que tal regra encontra-se revogada pela entrada em vigor do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que fixou que "a menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil". A necessidade de nomear o curador ao indiciado dito "menor" fazia sentido sob a égide do revogado Código, quando se concebia a maioridade aos 21 anos. Assim, o indiciado que estivesse na idade compreendida entre 18 e 21 anos era considerado, pela lei civil,

relativamente incapaz, devendo ser assistido nos atos da vida civil. Essa exigência não existe mais, logo, o indiciado pode comparecer aos atos do inquérito sem assistência.

Reforça essa linha de pensamento a revogação expressa do art. 194 do Código de Processo Penal pela Lei n. 10.792/2003, que fez desaparecer do interrogatório judicial a figura do curador do réu menor.

3.5 *Notitia criminis*

Trata-se do "conhecimento, espontâneo ou provocado, pela autoridade policial, de fato aparentemente criminoso" (MIRABETE, 2006, p. 64). É o que as pessoas, popularmente, conhecem como "queixa". A doutrina classifica-a em:

a. **de cognição direta ou imediata:** é aquela em que a autoridade policial toma conhecimento do fato criminoso por meio do exercício de suas funções, por exemplo, a descoberta de um cadáver. Nela se insere a denúncia anônima, também denominada apócrifa ou *notitia criminis* inqualificada;
b. **de cognição indireta ou mediata:** a autoridade policial toma conhecimento por intermédio de algum ato jurídico, como comunicação de terceiro (art. 5º, § 3º, do CPP – *delatio criminis*), requisição do juiz ou do Ministério Público (art. 5º, II, do CPP), requisição do ministro da justiça, representação do ofendido (art. 5º, § 4º, do CPP);
c. **de cognição coercitiva:** ocorre nos casos de prisão em flagrante (art. 8º do CPP).

3.6 Formas de início

O Código de Processo Penal não estabelece um rito para a formalização do inquérito policial como faz para o processo, estabelecendo a ordem exata em que os atos devam ser praticados. Contudo,

há previsão de como deve dar-se o início, quais providências devem ser tomadas pela autoridade policial no seu curso e como se dá o encerramento. Comecemos com as formas pelas quais pode ser iniciada a peça investigativa:

a. **De ofício (art. 5º, I, do CPP).**
   O inquérito policial, neste caso, é instaurado por ato da autoridade, sem que tenha havido pedido de qualquer pessoa. Deve fazer isso quando tomar conhecimento da prática de alguma infração penal, seja no desenvolver de suas atividades, seja por meio da comunicação de alguém. O ato pelo qual o delegado de polícia instaura o inquérito policial é chamado de *portaria*.
b. **Por requisição do juiz ou do Ministério Público (art. 5º, II, do CPP).**
   Apesar de não existir hierarquia funcional entre as carreiras, ou seja, o delegado de polícia não é subordinado nem ao magistrado nem ao membro do Ministério Público, ele não pode eximir-se de instaurar a peça quando houver requisição destes. A requisição equivale, assim, à verdadeira "ordem", à "determinação", por força legal, não por relação de superioridade hierárquica.
c. **Por requerimento do ofendido (art. 5º, II, do CPP).**
   É a possibilidade que a vítima tem de solicitar formalmente, da autoridade, a instauração do inquérito policial. Em crime de ação pública, normalmente ele é instaurado de ofício, mas, se não for, pode a vítima requerer. Já em caso de ação privada, a regra é só iniciar o inquérito se houver requerimento nesse sentido, pois se trata de ação que fica à disposição da vontade da própria vítima.
   O requerimento não tem a força da requisição; portanto, de acordo com seu critério, poderá o delegado de polícia indeferir o pedido, cabendo, neste caso, recurso ao chefe de polícia, cargo cujo correspondente hoje na doutrina não é pacífica: delegado-geral de polícia, para uns, e secretário de segurança pública, para outros.

d. Por representação do ofendido (art. 5º, § 4º, do CPP) ou requisição do ministro da justiça.
Quando se tratar de crime que se apura mediante ação penal condicionada, seja à representação do ofendido, seja à requisição do ministro da justiça, somente com o seu oferecimento é que terá início a peça informativa.

e. Pelo auto de prisão em flagrante (art. 8º do CPP).
É a chamada *instauração compulsória*. Quando alguém é preso em flagrante, lavrado o auto respectivo, considera-se instaurado o inquérito policial. Nem poderia ser diferente, pois, se há indícios a ensejar a prisão de alguém, com mais razão há indicativos de crime a ser apurado.

3.7 Providências (art. 6º do CPP)

Iniciado o inquérito, determina o Código de Processo Penal que o delegado de polícia proceda a determinadas providências para apuração da infração penal. Tais medidas, como dito anteriormente, não constituem um procedimento ou rito a ser seguido, pois não há verdadeiramente uma ordem para a realização das diligências, apenas uma indicação do que deve constar na peça informativa. Para apuração da infração penal, deve a autoridade policial:

a. Dirigir-se ao local dos fatos, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais.
É a chamada preservação do local do crime. Determina-se tal preservação para que não haja interferência de ninguém, de modo a prejudicar a perícia.

b. Apreender os objetos que tiverem relação com o fato, depois de liberados pelos peritos criminais.
Tais objetos devem acompanhar o inquérito policial enquanto interessarem à perícia (art. 11 do CPP).

c. Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.
É a autorização do legislador para a produção de qualquer prova lícita, a fim de apurar o delito, como requisitar documentos e ouvir tantas testemunhas quantas sejam necessárias para a investigação. Além disso, incumbe à autoridade policial proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas, realizar acareações e determinar, se for o caso, que se realize o exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias (art. 6º, VI e VII).

d. Ouvir o ofendido.
A vítima pode ser a pessoa que mais tenha informações a prestar a respeito do crime, dependendo da modalidade de infração, por isso o Código preocupa-se em determinar sua oitiva.

e. Proceder à reprodução simulada dos fatos (art. 7º do CPP).
É a chamada reconstituição do crime e tem lugar quando não contraria a moralidade e a ordem pública.

f. Ouvir o indiciado.
O interrogatório do indiciado deve ser realizado nos mesmos moldes do interrogatório judicial, no que for aplicável. Por não se tratar de processo, não há necessidade de observar certas regras, que dizem respeito ao contraditório, como a possibilidade de as partes dirigirem perguntas ao indiciado, mas seus direitos constitucionais devem ser garantidos, como o direito à presença de advogado de sua confiança e o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF).

g. Identificar o indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes.
Como se nota, a orientação do legislador é no sentido de proceder à chamada *identificação criminal*, isto é, identificação pelo método datiloscópico, em que são colhidas as impressões digitais do indiciado para confronto com aquelas constantes da base de dados do Instituto de Identificação. Com o advento da nova Constituição da República, a regra passou a ser a da identificação civil, com as ressalvas da lei (CF, art. 5º, LVIII). Para regulamentar o mandamento constitucional foi editada a Lei n. 10.054/2000,

que permite a identificação criminal do agente, ainda que identificado civilmente, quando, nos termos do art. 3º:

I – estiver indiciado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público;
II – houver fundada suspeita de falsificação ou adulteração do documento de identidade;
III – o estado de conservação ou a distância temporal da expedição de documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais;
IV – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
V – houver registro de extravio de documento de identidade;
VI – o indiciado ou acusado não comprovar, em 48 horas, sua identificação civil.

Tais medidas são necessárias para impedir que um inocente tenha seu nome indevidamente envolvido em uma prática delitiva, principalmente quando seus documentos foram subtraídos ou extraviados.

h. Averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação de seu caráter.

A idéia contida na determinação é a de tentar verificar a personalidade do indiciado e sua conduta social e familiar, a fim de que possa trazer elementos que futuramente sirvam de apoio para seu julgamento no processo, bem como a eventual aplicação da pena, em caso de condenação.

Importante esclarecer que o Código não dispõe expressamente a respeito do ato do *indiciamento*. Extrai-se a imposição de tal providência da utilização da palavra "indiciado" pelo legislador e fundamentalmente da necessidade de ouvir e identificar o provável autor do delito.

Dessa forma, pode-se dizer que *indiciamento* é a imputação da prática de uma infração penal a alguém, havendo indícios de sua autoria. Em outras palavras, é a declaração de que o sujeito é o real suspeito de ser o autor de determinada conduta ilícita. Não basta haver meros indícios, e sim indícios razoáveis, suficientes, de que o indivíduo é o autor da infração penal.

São conseqüências do indiciamento:

a. a anotação dos dados do inquérito na folha de antecedentes;
b. o interrogatório do indiciado;
c. a identificação do indiciado.

Aponte-se, no que diz respeito às providências no curso do inquérito policial, que, no caso de crime que envolva *violência contra a mulher*, a autoridade policial deverá remeter ao juiz competente, no prazo de 48 horas, expediente contendo pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência, consoante o art. 12, III, da Lei n. 11.340/2006.

Deve-se anotar, ainda, que a Lei n. 9.034/95 (Lei do Crime Organizado) prevê a infiltração de agentes policiais e de inteligência em organizações criminosas, mediante autorização judicial. Dispositivo semelhante há na Lei n. 11.343/2006, mais precisamente no art. 53, II, que prevê a infiltração de agentes policiais em tarefas de investigação, também mediante autorização judicial.

3.8 Conclusão (arts. 10, § 1º e 23 do CPP)

O inquérito policial encerra-se com o *relatório* da autoridade policial. Nele, o delegado deve descrever as providências adotadas durante o curso do procedimento, declarando formalmente o fim da fase investigatória. Leve-se em conta que o delegado de polícia não deve manifestar-se a respeito do mérito das provas colhidas; nenhuma opinião a respeito do fato deve ser expressa por ele. A Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) criou uma exigência a mais para

o relatório do inquérito policial nos crimes a ela relativos: deverá ele conter justificativa do delegado de polícia a respeito dos motivos que o levaram à capitulação do crime.

Relatado, o inquérito policial é enviado ao Juízo competente. Se for caso de ação penal pública, o magistrado abrirá vista ao Ministério Público, que pode:

a. oferecer denúncia (no prazo de cinco dias, se o indiciado estiver preso, e de 15 dias, se o indiciado estiver solto);
b. requerer o retorno dos autos de inquérito à delegacia para novas diligências (art. 16 do CPP);
c. requerer o arquivamento.

No caso de o Ministério Público requerer o arquivamento e o juiz determiná-lo, o art. 18 do Código estabelece que, se tiver notícias de novas provas, a autoridade policial poderá retomar as investigações. A retomada do inquérito, frise-se, só tem lugar no surgimento de novas provas. É o que estabelece a Súmula 524 do STF: "Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas". O despacho de arquivamento é *irrecorrível*, salvo nos crimes contra a economia popular, em que cabe recurso de ofício (art. 7º da Lei n. 1.521/51).

Caso o Ministério Público requeira o arquivamento e o juiz não concorde, determina o art. 28 do Código que este deverá enviar os autos ao procurador-geral de justiça, que por sua vez:

a. oferecerá denúncia, ele próprio;
b. designará outro promotor para oferecer a denúncia, caso em que este está obrigado a fazê-lo;
c. insistirá no arquivamento, caso em que o juiz está obrigado a aceitá-lo.

Na esfera federal, caso ocorra a hipótese de o juiz não concordar com o pedido de arquivamento formulado pelo procurador da república, os autos serão remetido à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (art. 62, IV, da Lei Complementar n. 75/93).

Caso se trate de inquérito que verse sobre crime de *ação penal privada*, a solução será diversa, conforme preceitua o art. 19 do Código de Processo Penal. Encerrado o inquérito policial, ele é encaminhado ao Juízo competente, onde aguardará provocação do ofendido, ou será entregue diretamente ao ofendido, mediante seu requerimento e por traslado.

3.9 Prazo (art. 10 do CPP)

Se o indiciado estiver *em liberdade*, o prazo para conclusão do inquérito policial será de *30 dias*. Se o caso for de difícil elucidação, poderá ser prorrogado, sempre que não estiver concluído dentro do prazo. Antes de conceder o prazo, o juiz deve ouvir o Ministério Público.

Se o indiciado estiver *preso*, o prazo para a conclusão do inquérito será de *dez dias*. Em regra, esse prazo é improrrogável, mas, na maioria das vezes, acaba sendo superado, em virtude das diligências indispensáveis à formação do inquérito policial. Neste caso, a peça deve ser remetida antes do prazo estabelecido e as diligências faltantes conduzidas à parte, para posteriormente serem anexadas aos autos.

Na *Justiça Federal*, o prazo para conclusão é de 15 dias para réu preso, podendo ser prorrogado por igual período, conforme disposto no art. 66 da Lei n. 5.010/66.

A legislação especial traz, ainda, alguns prazos diversos dos previstos no Código de Processo:

a. **Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas):** 90 dias para indiciado solto e 30 dias para indiciado preso, podendo ser duplicados a pedido da autoridade policial, ouvido o Ministério Público;
b. **Lei n. 1.521/51 (Crimes contra a Economia Popular):** dez dias para indiciado solto ou preso.

Questões

1. **(OAB/SP – 120°) Em relação ao inquérito policial, pode-se afirmar que:**
   (A) Constitui peça indispensável à apuração da infração penal e sua autoria
   (B) Nos crimes em que a ação pública depender de representação, poderá ser iniciado mediante requisição do Ministério Público.
   (C) É dispensável, nos casos de ação pública, quando o Ministério Público reunir elementos de convicção suficientes ao oferecimento da denúncia.
   (D) Nos crimes de ação privada, poderá ser iniciado de ofício, aguardando, porém, a manifestação da vítima quanto à realização de diligências.

2. **(OAB/SP – 121°) Se a autoridade policial concluir que o fato apurado no inquérito não constitui crime, deverá:**
   (A) Abrir inquérito policial contra a pessoa que deu início à investigação policial.
   (B) Arquivar os autos e, posteriormente, no prazo de 24 horas, comunicar à autoridade judiciária.
   (C) Encaminhar os autos à autoridade judiciária, que determinará o seu arquivamento, se assim o entender.
   (D) Informar a Corregedoria de Polícia para que esta tome as providências cabíveis.

3. **(OAB/RS – 2005/1) Sobre investigação policial e garantias constitucionais do investigado, assinale a assertiva correta:**
   (A) Não havendo suficiente *furnus commissi delicti* para proceder ao ato de indiciamento, a autoridade policial competente deverá determinar *ex officio* o arquivamento do inquérito policial.
   (B) O sigilo dos atos de investigação tem plena aplicação no inquérito policial, inclusive para o advogado, que não poderá ter acesso às informações ali constantes, mesmo após o indiciamento de seu constituinte.

   (C) O inquérito policial é um procedimento de cognição sumária, limitado a apurar o *fumus commissi delicti*, e, por isso, produz atos de prova aptos a justificar, por si sós, a sentença penal condenatória.
   (D) O direito ao silêncio é manifestação do direito de defesa pessoal negativa, que assegura, ao sujeito passivo, a possibilidade de não declarar, bem como de não praticar nenhum ato de prova, sem que, dessa negativa, decorra qualquer prejuízo.

4. **(OAB/NE – 2005/2) Uma das funções do inquérito policial é a de ser instrumento da denúncia ou da queixa. Com base nessa afirmação e nos termos do Código de Processo Penal, com relação ao término do inquérito policial, é correto afirmar que:**
   (A) Não há prazo previsto para término do inquérito policial quando o indiciado estiver em liberdade.
   (B) Se o indiciado estiver preso preventivamente, o prazo para término do inquérito policial é de cinco dias, improrrogáveis.
   (C) Se o indiciado estiver em liberdade, o prazo para término do inquérito policial é de 30 dias, e pode ser prorrogado por determinação da autoridade judicial competente.
   (D) Se o indiciado estiver preso por força de flagrante, o inquérito policial deverá terminar em cinco dias.

5. **(OAB/SP – 120°) Nos crimes de ação penal privada, os autos do inquérito policial já relatados:**
   (A) Serão encaminhados diretamente ao Ministério Público para que se manifeste pelo arquivamento ou pelo prosseguimento das investigações policiais.
   (B) Serão encaminhados ao Juízo competente, onde aguardará manifestação do Ministério Público.
   (C) Serão entregues ao requerente, se o pedir, mediante traslado.
   (D) Aguardarão, na Delegacia de Polícia, a juntada da queixa para ser encaminhada ao Juízo competente.

6. **(OAB/SP – 124°) O arquivamento do inquérito policial:**
   (A) É requerido pelo promotor de justiça e determinado pelo juiz de direito, não podendo haver arquivamento de ofício pela autoridade policial.
   (B) É requerido pela autoridade policial e determinado pelo juiz de direito, podendo este, também, determinar o arquivamento de ofício.

(C) É requerido pela autoridade policial e determinado pelo promotor de justiça, podendo este, também, determinar o arquivamento de ofício.
(D) Pode ser determinado de ofício pela autoridade policial e, quando não o for, será requerido pelo promotor de justiça e determinado pelo juiz de direito.

7. **(OAB/SP – 132°) A decisão judicial que determina o trancamento de um inquérito policial admite, por parte do defensor da vítima:**
(A) Interposição de recurso de agravo.
(B) Interposição do recurso de apelação.
(C) Interposição de recurso em sentido estrito.
(D) Reabertura do inquérito policial, desde que novas provas surjam acerca da materialidade ou da autoria.

8. **(OAB/SP– 132°) Nos autos de um inquérito policial que apura crime tributário, foi decretada judicialmente a quebra de sigilo bancário do investigado. Seu advogado, constituído regularmente, requer vista dos autos na Delegacia de Polícia, o que lhe é negado. O Delegado argumenta que o inquérito agora corre em sigilo, pois foram juntados extratos e outros documentos bancários. O advogado:**
(A) Deve impetrar mandado de segurança, com fundamento no art. 7°, inc. XIV, da Lei n. 8.906/94.
(B) Nada pode fazer, em razão do disposto no art. 20 do Código de Processo Penal, devendo aguardar o início da ação penal.
(C) Deve impetrar *habeas corpus*, com fundamento no art. 7°, inc. XIV, da Lei n. 8.906/94.
(D) Pode interpor apelação ao juiz, requerendo que exerça seu poder de controle dos atos policiais.

9. **(OAB/MG – 2007) É inconstitucional o dispositivo do Código de Processo Penal que prevê:**
(A) O sigilo do inquerito.
(B) Os poderes do delegado de polícia para realizar a investigação.
(C) A incomunicabilidade do indiciado.
(D) A dispensabilidade do inquérito, quando presentes os elementos mínimos de convicção para o oferecimento da denúncia.

10. **(OAB/SP – 113°) Após a colheita de provas pelo delegado de polícia, ao findar o inquérito policial, é elaborado relatório de tudo que tiver sido apurado durante este procedimento. Na hipótese de a autoridade policial concluir pela inocência do réu, deverá ela:**
(A) Fazer minucioso relatório e determinar o arquivamento dos autos inquisitoriais.
(B) Elaborar minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviar os autos ao juiz competente.
(C) Produzir minucioso relatório e encaminhar os autos ao Ministério Público para que ele promova o arquivamento do feito.
(D) Arquivar os autos inquisitoriais, dando ciência ao Ministério Público e ao magistrado.

11. **(OAB/DF – 2005.02) Se o Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito policial, conseqüentemente:**
(A) Caberá ação penal privada subsidiária da pública, pelo ofendido ou pelo seu representante legal, no prazo decadencial de 6 (seis) meses.
(B) Caberá ação penal privada subsidiária da pública, desde que proposta pelo ofendido ou pelo seu representante legal, enquanto não ocorrer a prescrição.
(C) Caberá ação penal privada subsidiária da pública apenas em relação ao elemento ou à circunstância do crime complexo que, por si mesmo, constitua crime de ação penal privada.
(D) Não caberá ação penal privada subsidiária da pública, pois o pedido de arquivamento não pode ser equiparado à omissão do *parquet*.

12. **(OAB/DF – 2006.02) No que diz respeito a identificação criminal, assinale a alternativa correta:**
(A) Por disposição constitucional, o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal.
(B) Por disposição constitucional, o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei, não havendo lei, superveniente à Constituição de 1988, que preveja hipóteses de identificação criminal.

(C) O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo, exclusivamente, se estiver indiciado ou acusado pela prática de crime de falsificação de documento público.

(D) O civilmente identificado será identificado criminalmente quando estiver indiciado ou acusado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticados com violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada, crimes contra a liberdade sexual ou crime de falsificação de documento público

13. **(OAB/SP – 109º) Ao findar o inquérito policial, o delegado de polícia, em seu relatório, imputa, ao réu Marcelo, o crime de furto qualificado pela fraude, mas o promotor de justiça o denuncia por estelionato. Nesta hipótese, deve o magistrado devolver os autos ao Distrito Policial para alteração do relatório final?**

(A) Não. O inquérito policial é peça informativa, sendo desnecessária tal diligência para propositura da ação penal pelo Ministério Público, podendo, portanto, ser alterada a classificação inicialmente proposta

(B) Sim. Há necessidade de consonância entre o relatório policial e a peça inicial proposta pelo Ministério Público para o correto recebimento da denúncia pelo juiz.

(C) Sim. O magistrado deve retornar os autos à Delegacia de Polícia, sob pena de caracterizar nulidade absoluta de denúncia.

(D) Não. Os autos do inquérito policial não podem ser alterados, devendo o juiz receber a denúncia para o fim de ser a mesma aditada pelo promotor de justiça.

14. **(OAB/SP – 116º) Delegado de polícia, após realizar todas as diligências necessárias para a apuração de crime de estelionato, conclui não existirem provas para determinar a autoria do fato delituoso. Diante desta premissa, qual das alternativas seguintes revela-se verdadeira?**

(A) A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

(B) O delegado de polícia pode, a qualquer tempo, determinar o arquivamento dos autos de inquérito policial, caso a autoria permaneça desconhecida.

(C) Somente o Ministério Público pode arquivar os autos de inquérito policial.

(D) A autoridade policial pode arquivar autos de inquérito, caso a vítima consinta.

Gabarito

1. C
2. C
3. D
4. C
5. C
6. A
7. D
8. A
9. C
10. B
11. D
12. D
13. A
14. A

4

Ação Penal

4.1 Conceito

Quando surge, para o Estado, a possibilidade de exercer o poder punitivo, tal poder não pode ser exercido sem que haja comprovação dos fatos e sem a declaração judicial autorizando a punição, ou seja, julgando procedente a pretensão estatal. Para isso, exige-se a propositura de uma ação, pois, como é sabido, vigora, em nosso Direito, a *inércia da jurisdição*: ela não pode atuar por si só; exige ser provocada para se fazer atuar.

Podemos, então, conceituar ação como *o poder de movimentar o aparelho jurisdicional estatal, a fim de satisfazer uma pretensão*. Ação penal, por sua vez, é o direito "por meio do qual o seu titular pleiteia a condenação daquele a quem se imputa a prática de determinada infração penal" (FERNANDES, 2007, p. 193).

4.2 Condições da ação

Para o perfeito exercício do direito de provocar o órgão jurisdicional, conforme exposto anteriormente, faz-se necessária a observância de determinadas condições, denominadas pela doutrina *condições da ação*. São elas:

a. **Possibilidade jurídica do pedido.**
   Consiste na verificação, de plano, da correspondência entre a pretensão do titular e a norma prevista no ordenamento legal. Em outras palavras, deve-se observar se o fato que se imputa ao agente é descrito como infração penal, como fato típico e antijurídico, de modo que seja possível, ao menos em tese, vislumbrar a condenação de alguém pela sua ocorrência.
b. **Interesse de agir.**
   Nos dizeres de Rogério Lauria Tucci (2003, p. 93), "o interesse de agir, que é, sem dúvida alguma, o *interesse processual*, tem lugar quando o autor precisa da concessão daquilo que pleiteia, para reconhecimento ou satisfação de seu interesse material; isto é, quando se torna necessária sua atuação perante o órgão jurisdicional, a fim de conseguir o bem jurídico por ele almejado".
c. **Legitimidade para a causa.**
   Diz respeito à ocupação dos pólos ativo e passivo da ação pelo seu legítimo titular, isto é, de acordo com a modalidade de ação penal, o Ministério Público ou o ofendido é parte legítima para propô-la; já no pólo contrário, deve figurar aquele a quem se imputa a prática do delito.

4.3 Classificação

No Direito brasileiro, segue-se o critério subjetivo para classificação das ações penais, levando em conta seu titular, ou seja, estipulam-se modalidades em razão de quem é a parte legítima para exercer o direito de ação. Diante de tal critério, podemos distinguir duas qualidades de ação penal: a *pública*, de titularidade do Ministério Público, e a *privada*, de titularidade do ofendido ou de seu representante legal. Ambas vão comportar ainda a subdivisão em espécies: aquela pode ser incondicionada ou condicionada à representação do ofendido ou à requisição do ministro da justiça; esta pode ser propriamente dita (ou exclusiva), personalíssima ou subsidiária da pública.

Podemos visualizá-las no seguinte quadro:

AÇÃO PENAL	Pública:	incondicionada
		condicionada: à representação do ofendido
		à requisição do ministro da justiça
	Privada:	propriamente dita (ou exclusiva)
		personalíssima
		subsidiária da pública

4.3.1 Ação penal pública

É a regra em nosso Direito. É de titularidade *exclusiva* do Ministério Público por força de dispositivo constitucional (art. 129, I, da CF). É proposta sempre por meio de *denúncia*.

Além dos princípios processuais penais gerais, que informam toda e qualquer ação penal, conforme visto anteriormente, alguns *princípios* são específicos da ação penal pública. Dentre eles, os mais importantes são:

a. Obrigatoriedade (ou legalidade).

Segundo o princípio da obrigatoriedade, se presentes os requisitos legais para a propositura da ação, o membro do Ministério Público *deve* denunciar, não podendo deixar de fazê-lo por critérios pessoais. Em outras palavras, o Ministério Público não tem poder discricionário; uma vez presentes as condições para o início da ação, está obrigado a oferecer denúncia.

A regra estabelecida pelo princípio em foco foi abrandada pela criação, em nosso ordenamento, do instituto da *transação penal*, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95. Consiste ela em verdadeiro "acordo" entre o Ministério Público e o autor do fato, aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa – art. 61 da Lei n. 9.099/95), em que o órgão ministerial pode deixar de oferecer denúncia se aquele aceitar a imposição imediata de pena não privativa de liberdade (mais detalhes no Capítulo sobre ritos – Rito Sumaríssimo). Portanto, aqui não vigora o princípio puro da obrigatoriedade, e sim o que se denomina *princípio da discricionariedade regrada*.

b. Indisponibilidade.

Se verificados os requisitos para a propositura da ação e oferecida a denúncia, o Ministério Público não poderá mais desistir da ação penal, nos termos do art. 42 do Código de Processo Penal. Ao contrário de outros ramos processuais, nos quais, fundamentalmente, bens disponíveis estão em jogo e a desistência da ação fica a critério da parte, isso não acontece no processo penal. Note-se que tal regra não impede que o membro do Ministério Público, no final da ação, peça a *absolvição do réu*. São momentos distintos. No início, verifica-se a existência de elementos para a instauração da ação, que se destina à apuração da verdade real. Se, no final, o *parquet* se convencer de que o réu é inocente, poderá pedir a absolvição, sem que isso implique desistência.

Exceção ao princípio em referência é a regra disposta no art. 89 da Lei n. 9.099/95, que traz a *suspensão condicional do processo*. Nela, o Ministério Público, após oferecer a denúncia e tendo verificado o preenchimento dos requisitos legais (*acusado que não esteja sendo processado; não tenha sido condenado por outro crime e presença dos requisitos do art. 77 do CP*), propõe a suspensão do processo por um período de dois a quatro anos, mediante a imposição de certas condições a serem cumpridas pelo acusado.

c. Intranscendência.

Significa que a ação penal só pode ser proposta contra a pessoa a quem se imputa a prática do delito. Embora essa afirmativa pareça demasiadamente óbvia, o princípio explicita a idéia de que nosso sistema não admite que venha a figurar como acusado, em uma ação penal, o responsável legal ou herdeiro daquele que seja o verdadeiro imputado. Assim, por exemplo, afasta-se

a possibilidade de um pai, por razões humanitárias e pelo forte laço sentimental com seu filho, colocar-se no lugar dele e enfrentar o peso de uma persecução penal.

4.3.1.1 Ação penal pública incondicionada

É aquela em que o Ministério Público não se sujeita a qualquer condição específica para o exercício de seu direito de ação, além das condições gerais da ação penal, ou seja, presentes os elementos para a propositura da ação, ele está livre para agir. Como já dissemos, a ação penal pública é a regra em nosso sistema processual, e, dentro dessa modalidade de ação, por sua vez, a regra é ser ela incondicionada.

Dessa forma, se a lei silenciar sobre a modalidade a que se procede em determinada infração, é ela incondicionada; se, por outro lado, for ela condicionada ou privada, a lei de direito material vai dizer expressamente. Alerte-se para o fato de que nem sempre a disposição a respeito da espécie de ação penal, aplicável à infração, vem exposta no próprio artigo que tipifica a conduta, o que pode levar à falsa impressão de que ali se procede mediante ação penal pública incondicionada. É o caso, por exemplo, dos crimes contra a honra, elencados no Código Penal nos arts. 138, 139 e 140. Em nenhum desses dispositivos há menção sobre a modalidade de ação, que vem especificada no art. 145, que encerra o Capítulo respectivo.

4.3.1.2 Ação penal pública condicionada

É aquela cujo exercício se subordina a uma condição específica, qual seja, à representação do ofendido ou à requisição do ministro da justiça. Antes da verificação dessa condição, não pode o titular do direito de ação agir. É importante ressaltar que a ação penal continua sendo pública, exclusiva do Ministério Público; apenas o seu exercício depende da ocorrência de uma das condições previstas na norma processual. Os casos em que se exige representação ou requisição, como já dito, estão sempre expressos na lei.

4.3.1.2.1 Condicionada à representação

O fundamento da existência de tal modalidade de ação em nosso sistema ampara-se na idéia de que determinadas infrações atingem, de alguma forma, a esfera de intimidade da vítima, de modo que ela pode preferir que não exista processo em relação àquela conduta. *Representação* é, assim, a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, no sentido de ser instaurada a ação penal. Exemplos de crimes que exigem representação no Código Penal: art. 129, *caput* (este por força do art. 88 da Lei n. 9.099/95); art. 130; art. 147.

A *natureza jurídica* da representação é de condição de procedibilidade, ou seja, é condição para que o Ministério Público possa intentar a ação penal, possa proceder à ação, caso contrário não poderá agir. Ela é verdadeira *autorização* para que o órgão ministerial possa propor a ação penal. Note-se que a representação, oferecida pela vítima ou seu representante legal, *não vincula* o Ministério Público, isto é, não o obriga a oferecer denúncia. O promotor ou procurador deverá analisar se estão presentes os requisitos para propor a ação. A vontade do ofendido importa apenas para autorizar o Ministério Público a analisar as condições da ação.

O *prazo* para oferecimento da representação é de seis meses a contar da data em que o ofendido vier a saber quem é o *autor da infração penal*, conforme o art. 38 do Código de Processo Penal. O não-oferecimento da representação dentro do prazo acarreta a extinção da punibilidade pela *decadência* (art. 107, IV, do CP). Assim, o prazo para a representação é decadencial: não oferecida no prazo, terá o ofendido decaído de seu direito. Lembre-se de que se trata de prazo *penal*, logo não segue as regras do prazo processual. O prazo decadencial conta-se incluindo o dia do começo e excluindo o do final.

Quanto à *forma*, não se exige qualquer rigor formal; basta a inequívoca manifestação de vontade do ofendido, no sentido de ver o autor do fato processado. O art. 39 do Código de Processo Penal, porém, indica que ela deve conter todas as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria. É importante anotar que, se

o ofendido representar apenas um dos vários autores, o Ministério Público poderá denunciar todos eles. Isso é o que se chama de *eficácia objetiva da representação*

A *titularidade* do direito de representação é:

a. do ofendido, em regra;
b. do representante legal, se o ofendido tiver menos de 18 anos ou for doente mental;
c. do cônjuge, ascendente, descendente ou irmãos (CADI), se o ofendido for morto ou declarado ausente;
d. de um curador especial, no caso dos interesses do ofendido e do representante colidirem ou se não houver representante. Na hipótese de nomeação de curador, ele não está obrigado a representar; deve avaliar o interesse do assistido.

No caso de ser pessoa jurídica a que deva oferecer representação, esta deve ser feita por meio da pessoa indicada no respectivo contrato social ou por seus diretores e sócios-gerentes.

A representação poderá ser dirigida ao juiz, ao representante do Ministério Público e à autoridade policial, nos termos do art. 39, *caput*. São os *destinatários* da representação. Se for dirigida ao juiz, ele a reduzirá a termo e remeterá à autoridade policial para a instauração de inquérito (art. 39, § 4º, do CPP). O mesmo procedimento adotará o representante do Ministério Público, se a representação a ele dirigida não contiver os elementos necessários para a propositura da ação (art. 39, § 5º, do CPP).

Uma vez oferecida a representação, é possível voltar atrás, ou seja, retratar-se? Sim, desde que a retratação seja realizada antes do oferecimento da denúncia, como estampado no art. 25 do Código de Processo Penal. Não é possível após esse momento, pois, a partir daí, o Ministério Público já conta com a autorização de que necessitava e não pode dispor da ação, como visto anteriormente. Nunca é demais lembrar que se trata de ação pública, de titularidade do Ministério Público.

A Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, dá tratamento diverso à representação nos crimes de violência doméstica contra a mulher. Segundo o art. 16, a *renúncia* à representação será feita perante o juiz, ouvido o Ministério Público e antes do *recebimento* da denúncia. Por renúncia à representação deve-se entender *retratação*, pois não faria sentido a designação de audiência unicamente para a ofendida dizer que não deseja representar contra o ofensor. Nesse sentido: "Não se disciplinou a hipótese de a mulher, antes do exercício da representação, manifestar vontade de não acionar a autoridade pública para fins de iniciar a persecução penal. Se o art. 16 tratasse desse caso incomum, estaríamos diante de um incrível excesso de formalismo: a autoridade pública notificando a ofendida para que, perante o Juiz, em audiência especialmente designada com tal objetivo, manifestasse a vontade de não representar contra o ofensor, ouvido depois o Ministério Público" (DAMÁSIO DE JESUS, 2006, www.damasio.com.br).

Quanto à *retratação da retratação*, isto é, à possibilidade de o ofendido representar, retratar-se e voltar atrás novamente, desejando fazer valer a representação anteriormente oferecida, silencia nosso Código de Processo. A jurisprudência, contudo, tem-na admitido, desde que dentro do prazo decadencial.

4.3.1.2.2 Condicionada à requisição do ministro da justiça

Também se trata aqui de *condição de procedibilidade*, uma vez que o Ministério Público não pode agir sem esta condição específica. O *fundamento* para a existência de delitos que exijam a requisição é a de que, em determinados casos, o ministro ocupante da Pasta da Justiça deve ponderar se vale a pena processar o autor do fato, prevendo não só a repercussão jurídica como também política que pode dele advir (cf. NUCCI, 2007, p. 181). Exemplo: crime contra a honra do Presidente da República (art. 141, I, c/c o art. 145, parágrafo único, do Código Penal).

O Código de Processo Penal silencia a respeito do *prazo* para a requisição. Entende-se, então, que não há limite temporal para a referida requisição, desde que, obviamente, ela seja oferecida antes do prazo prescricional do crime, pois, após este momento, está extinta a punibilidade do agente, faltando, assim, condição para o exercício da ação penal.

No que diz respeito à *retratação* da requisição oferecida, isto é, à possibilidade de o ministro da justiça voltar atrás em sua decisão, a maior parte da doutrina entende não ser ela possível, sob o argumento de que tal conduta seria inadmissível em ato administrativo oriundo de agente público que ocupa cargo de tamanha relevância, além da falta de previsão legal para tanto. Em sentido contrário, "o instituto da retratação é aplicável à requisição por analogia (art. 3º deste Código). O fundamento das duas condições de procedibilidade (a representação e a requisição) é o mesmo: oportunidade e conveniência da *persecutio criminis*, diferindo apenas em que uma tem natureza particular e a outra política. Em determinado momento podem ter desaparecido as razões que levaram o Ministro da Justiça à requisição" (DAMÁSIO DE JESUS, 2006, p. 36).

Questão interessante é se a requisição vincula o Ministério Público. Apesar da lei utilizar o termo "requisição", o que poderia supor uma verdadeira "ordem", tal qual acontece no inquérito policial, em relação à requisição do juiz e do próprio Ministério Público, o certo é que ela não vincula a atuação do órgão ministerial, que deve observar se estão presentes os requisitos legais para a propositura da ação penal. Nem poderia ser de outra forma, já que a instituição goza de independência funcional e não está submetida a qualquer ordem de hierarquia ao Ministério da Justiça.

4.3.2 Ação penal privada

É a espécie de ação penal cuja titularidade pertence ao ofendido ou seu representante legal, conforme o caso. Observe-se que, nesta modalidade de ação, o Estado, titular exclusivo do direito de punir, apenas transfere a legitimidade para a propositura e condução no pólo ativo da ação penal à vítima ou ao seu representante legal. O exercício do *jus puniendi* continua a pertencer ao Estado, que vai ser responsável pela prolação do provimento final, impondo a sanção, caso o autor do ilícito venha a ser condenado. É iniciada por *queixa* ou *queixa-crime*.

O *fundamento* de haver previsão da ação penal de iniciativa do particular em nosso ordenamento, apesar de o Direito Penal lidar com bens via de regra indisponíveis, é evitar que, em alguns casos, o processo cause para o ofendido mal maior que a impunidade do criminoso. É o chamado *strepitus judicii*, ou seja, o escândalo do processo. Assim, o interesse da vítima se sobrepõe ao interesse público. É o caso, em princípio, dos crimes contra a liberdade sexual, como o estupro e o atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214 do Código Penal), bem como os crimes contra a honra (arts. 138 a 145 do Código Penal).

Na ação penal privada, as partes têm denominação diferente do que se costuma ter numa ação penal pública. A nomenclatura autor e réu é substituída por *querelante* (ofendido ou seu representante legal) e *querelado* (autor do crime). Lembre-se de que, na ação penal privada, o Ministério Público não é parte, mas sempre atuará na condição de *custos legis*, ou seja, fiscal da lei, podendo até mesmo aditar a queixa, caso entenda que ela não contém os elementos necessários ao seu recebimento, conforme dispõe o art. 45 do Código de Processo Penal. O prazo para aditamento é de três dias (art. 46, § 2º, do CPP).

Assim como a ação penal pública, a ação penal privada conta com alguns *princípios* informadores específicos. São eles:

a. **Oportunidade.**
   Estabelece que o ofendido tem a faculdade de propor ou não a ação, de acordo com sua conveniência. Como dito, a lei outorgou ao ofendido a iniciativa da ação penal nos crimes em que a intimidade possa ser de alguma forma atingida. Portanto, fica a critério do ofendido decidir se a ação deve ser intentada ou não. Ele é quem deve considerar *oportuna* tal medida.
b. **Disponibilidade.**
   É decorrência do princípio da oportunidade. Da mesma forma que o ofendido pode decidir se propõe ou não a ação, pode também desistir dela depois de intentada. Se pode o mais, que é propor a ação, também pode o menos, que é desistir de nela prosseguir. Para tanto, como veremos, tem o ofendido os institutos do perdão e da perempção a seu dispor.

c. Indivisibilidade.
O ofendido pode escolher entre propor ou não a ação, mas não pode escolher quem irá processar, no caso de mais de um autor do delito. Ou ele processa todos ou não processa ninguém, já que a queixa contra um se estende aos outros, nos termos do art. 48 do Código de Processo Penal. Se escolher um só, o Ministério Público, segundo entendimento majoritário, não poderá aditar a queixa. Se o ofendido renunciar a um, a renúncia se estenderá a todos (art. 49 do CPP).

A *titularidade* do direito de queixa é a mesma para o exercício do direito de representação. É ela:

a. do ofendido, em regra;
b. do representante legal, se o ofendido tiver menos de 18 anos ou for doente mental;
c. do cônjuge, ascendente, descendente ou irmãos (CADI), se o ofendido for morto ou declarado ausente;
d. de um curador especial, no caso de os interesses do ofendido e do representante colidirem ou se não houver representante. Na hipótese de nomeação de curador, ele não está obrigado a representar; deve avaliar o interesse do assistido.

Comparecendo mais de uma pessoa com direito de oferecer a queixa, a preferência será do cônjuge, seguindo-se o parente mais próximo, na ordem antes apresentada. Contudo, caso o querelante desista da ação, qualquer delas poderá nela prosseguir (art. 36 do CPP).

No caso de a queixa ser oferecida por pessoa jurídica, deve ser feita por intermédio da pessoa indicada no respectivo contrato social ou por seus diretores e sócios-gerentes (art. 37 do CPP).

Se o ofendido for pobre, de modo que não possa prover às despesas do processo sem privar-se dos recursos necessários à sua subsistência e de sua família, o juiz nomeará advogado para promover a ação penal privada (art. 32 do CPP). A nomeação, onde houver, deverá recair sobre a Defensoria Pública, órgão competente para representar a parte hipossuficiente e para a comprovação do estado de pobreza basta atestado da autoridade policial da localidade onde residir o ofendido.

O *prazo* para oferecimento da queixa é, regra geral, de seis meses, a contar da data em que o ofendido vier a saber quem é o *autor da infração penal*. Tal prazo comporta exceção na Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), que, em seu art. 41, § 1º, estipula o prazo de três meses para a propositura da ação.

Estão presentes na ação penal privada alguns institutos que ditam as regras de conveniência para propô-la ou dela desistir. São eles: a decadência, a perempção, a renúncia e o perdão. Vejamos um a um.

A *decadência* consiste na perda do direito de ação pelo decurso do prazo sem o oferecimento da queixa (vale também para a representação). É ela causa extintiva da punibilidade do agente (art. 107, IV, do CP) e, obviamente, somente opera antes do início da ação. O prazo decadencial não se interrompe e não se suspende, nem mesmo pela instauração de inquérito policial.

A *perempção* é a perda do direito do autor de conduzir a ação em virtude da ocorrência de ato que configure negligência processual. A ação é extinta, salvo na ação penal privada subsidiária da pública, em que a titularidade volta para o Ministério Público, ocorre após o início da ação penal, nas seguintes hipóteses (art. 60 do CPP):

a. quando o querelante deixar de promover o andamento processual durante 30 dias seguidos;
b. quando, falecendo o querelante ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro de 60 dias, qualquer pessoa a que couber fazê-lo (CADI), ressalvado o disposto no art. 36 do CPP;
c. quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;
d. quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

A *renúncia* é o ato em que o ofendido deixa de promover a ação privada pelo não-oferecimento da queixa. É ato unilateral e que ocorre, como resta claro, somente antes da ação. Pode ser *expressa* ou *tácita*, quando se pratica ato incompatível com a vontade de propor a ação. Como visto anteriormente, a renúncia em relação a um dos autores do crime se estende aos demais (art. 49 do CPP). Estabelece o Código de Processo, no art. 50, que a renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais. A renúncia tácita, por seu turno, admitirá todos os meios de prova (art. 57 do CPP).

Ressalte-se que, na sistemática dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), a composição civil implica renúncia ao direito de queixa e representação. Aqui, há exceção à indivisibilidade da renúncia, pois somente quem compôs com o autor do fato é que renuncia ao exercício da ação.

Já o *perdão do ofendido* é o ato pelo qual o querelante deixa de prosseguir na ação penal, oferecendo seu perdão ao querelado. Somente pode ocorrer antes do trânsito em julgado da decisão. Trata-se de ato bilateral, isto é, que depende da aceitação do querelado. O perdão concedido a um dos querelados se estende aos demais, mas só gera efeitos para aqueles que o aceitarem (art. 51 do CPP). Pode ser processual ou extraprocessual. Na primeira hipótese, oferecido o perdão, o querelado é intimado para se manifestar, em três dias, a respeito da aceitação ou não do perdão. No silêncio, considerar-se-á aceito (art. 58 do CPP). Se fora do processo, constará de declaração assinada, como se dá em relação à renúncia, o mesmo acontecendo com a aceitação (art. 59 do CPP).

4.3.2.1 Ação penal privada propriamente dita (ou exclusiva)

É aquela em que se aplica tudo quanto foi dito até agora a respeito da ação penal privada, sem nenhuma particularidade. É a regra dentre as modalidades de ação penal privada. As especificidades ficam reservadas para as outras espécies, como veremos a seguir.

4.3.2.2 Ação penal privada personalíssima

É modalidade de ação penal que só pode ser proposta pelo ofendido e ninguém mais. Não admite a propositura pelo representante legal, nem por sucessores no caso de morte ou ausência. Se, por exemplo, o ofendido morre no decorrer do processo, extingue-se a punibilidade do agente, pois, como dito, ninguém poderá sucedê-lo. Esta é a única particularidade desta modalidade de ação.

Se o ofendido for menor, o prazo decadencial só passará a correr a partir do dia em que completar 18 anos. Isso porque ele está impedido de exercer seu direito; assim, o prazo decadencial não corre. Em nosso ordenamento, ocorre referida hipótese em relação ao crime descrito no art. 236 do Código Penal – induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento. Seu parágrafo único estipula que apenas o contraente enganado pode intentar a queixa.

4.3.2.3 Ação penal privada subsidiária da pública

É a proposta pelo ofendido ou por seu representante legal, em crimes de ação pública, quando o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia no prazo legal (art. 5º, LIX, da CF e art. 29 do CPP).

Note-se que esta ação só tem lugar no caso de *inércia do Ministério Público*, jamais em caso de arquivamento dos autos de inquérito. Se o órgão ministerial requereu o arquivamento do inquérito policial por entender não existirem elementos para propositura da ação penal, não há que se falar em ação penal subsidiária. Ele não foi inerte: agiu. Nesse sentido, afirma Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 193): "Vale esclarecer ser inaceitável que o ofendido, porque o inquérito foi arquivado, a requerimento do Ministério Público, ingresse com ação penal subsidiária da pública. A titularidade da ação penal não é, nesse caso, da vítima, e a ação privada, nos termos do art. 29, somente é admissível quando o órgão acusatório estatal deixar de intentar a ação penal no prazo legal, mas não quando age, pedindo o arquivamento".

Nesta modalidade de ação, o Ministério Público apenas atuará como fiscal da lei e não como parte, intervindo em todos os atos do processo, lançando seu parecer. Ele poderá, nessa função, aditar a queixa, se for o caso de reputá-la incompleta, ou, até mesmo, repudiar a queixa inepta, oferecendo denúncia substitutiva. A decisão, em todos os casos, cabe ao magistrado.

Como o Ministério Público era o titular do direito de ação e o perdeu para o ofendido, qualquer ato de negligência processual deste fará que o processo seja retomado por aquele. Se não comparecer a alguma audiência ou não atender a algum despacho, por exemplo, o ofendido ensejará a retomada da ação pelo seu titular originário.

O *prazo* para intentar essa ação é de seis meses, a contar da data do escoamento do prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia, nos termos do art. 29 do CPP.

Questões

1. (OAB/DF – 2004/2) A Representação do ofendido, nos crimes de ação penal pública, é a ela condicionada e pode ser retratada:
   (A) Até o oferecimento da denúncia.
   (B) Antes do prazo prescricional do delito.
   (C) Até o termino do inquérito policial.
   (D) Até o recebimento da denúncia.

2. (OAB/SP – 128° – adaptada) Sobre a ação penal, assinale a alternativa correta:
   (A) A representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, será irretratável depois de recebida a denúncia.
   (B) Se o juiz discordar do pedido de arquivamento do inquérito policial, determinará que o Ministério Público ofereça a denúncia.
   (C) Em caso de ação privada subsidiária da pública, o Ministério Público pode aditar a queixa, mas não repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva.

   (D) Salvo disposição em contrário, o ofendido decairá do seu direito de queixa ou de representar se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime.

3. (OAB/NE – 2005/2) São princípios regentes da ação penal da iniciativa privada a:
   (A) Oportunidade, a indivisibilidade e a obrigatoriedade.
   (B) Disponibilidade, a indivisibilidade e a oportunidade.
   (C) Divisibilidade, a oportunidade e a disponibilidade.
   (D) Necessidade, a indivisibilidade e a disponibilidade.

4. (OAB/SP – 129°) A retratação na ação penal pública condicionada:
   (A) É admitida, expressamente, pelo Código de Processo Penal, tanto em relação à representação do ofendido quanto no tocante à requisição do ministro da justiça.
   (B) É admitida, expressamente, pelo Código de Processo Penal, em relação à representação do ofendido, sendo largamente admitida pela doutrina e pela jurisprudência no tocante à requisição do ministro da justiça.
   (C) Não é admitida, expressamente, pelo Código de Processo Penal, tanto em relação à representação do ofendido quanto no tocante à requisição do ministro da justiça, mas, por construção de jurisprudência, é aceita nas duas hipóteses.
   (D) É admitida, expressamente, pelo Código de Processo Penal em relação à representação do ofendido, mas não o é no tocante à requisição do ministro da justiça.

5. (OAB/MG – 2006/1) A respeito da ação penal privada, é correto afirmar, exceto:
   (A) A queixa contra um dos autores do crime obriga o processo de todos.
   (B) A ação penal privada será considerada perempta se não houver pedido de condenação nas alegações finais.
   (C) A renúncia ao direito de ação a favor de um dos querelados aproveita a todos.
   (D) Na ação penal privada, o Ministério Público não poderá aditar a queixa.

6. **(OAB/SP – 123°) A diferença entre a renúncia e o perdão nos crimes de ação penal privada é a seguinte:**
   (A) A renúncia ocorre antes de ser apresentada a queixa e o perdão, depois da formulação da queixa.
   (B) A renúncia pode ser tácita, enquanto o perdão deve ser expresso.
   (C) A renúncia pode ser extrajudicial, enquanto o perdão deve ser judicial.
   (D) A renúncia depende de aceitação do ofendido, enquanto o perdão não depende.

7. **(OAB/MG – 2007) Podemos afirmar que, no caso de prescrição em perspectiva ou pela pena ideal, será afastada a seguinte condição para a ação penal:**
   (A) Legitimidade.
   (B) Interesse.
   (C) Possibilidade jurídica.
   (D) Justa causa.

8. **(OAB/GO – 2007) Aforada a Ação Penal de Iniciativa exclusivamente Privada, exige-se:**
   (A) Indivisibilidade e disponibilidade.
   (B) Obrigatoriedade e divisibilidade.
   (C) Obrigatoriedade e unificação.
   (D) Obrigatoriedade e indivisibilidade.

9. **(OAB/GO – 2007) Quando o Ministério Público entender em não oferecer denúncia, pode o juiz:**
   (A) Designar outro promotor da comarca para que ofereça denúncia, sendo o fato materialmente típico.
   (B) Determinar que o mesmo promotor ofereça denúncia, pois o fato constitui crime e, se não o fizer, poderá responder por prevaricação.
   (C) Determinar a remessa dos autos ao procurador-geral do estado para que designe outro membro para oferecer denúncia.
   (D) Determinar a remessa dos autos ao procurador-geral de justiça para que designe outro membro para que ofereça denúncia.

10. **(OAB/SP – 110°) José de Souza produziu lesões corporais culposas em Marcondes José, em razão de uma colisão de veículos. O laudo pericial, anexo aos autos, demonstrou que a vítima sofreu amputação de membro superior direito. De acordo com o Código de Trânsito Brasileiro:**
   (A) A vítima deverá representar no prazo decadencial de seis meses por tratar-se de crime de ação penal pública condicionada à representação.
   (B) O Ministério Público poderá oferecer denúncia, independentemente de representação, pois a lesão produzida é tipificada como de "natureza gravíssima".
   (C) O crime de lesões corporais, produzidas em razão de acidente de trânsito, por força da lei, independe de representação, por ser de ação penal pública incondicionada.
   (D) A vítima deverá oferecer queixa-crime no prazo decadencial de seis meses, por tratar-se de crime de ação penal privada.

11. **(OAB/SP – 113°) Nos crimes em que se processa mediante ação penal pública condicionada à representação, com a morte do ofendido, é correto dizer que**
   (A) O direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do ofendido.
   (B) O direito de representação é intransferível, devendo ser arquivado o inquérito policial.
   (C) A requerimento dos parentes do ofendido, por escritura pública, poderá ser nomeado advogado para promover a ação penal.
   (D) O Ministério Público, *dominus litis*, poderá promover a ação penal.

12. **(OAB/SP – 111°) Na ação penal privada subsidiária da pública, o Ministério Público que funciona como interveniente adesivo**
   (A) Obrigatório, está impedido de interpor recursos.
   (B) Facultativo, decaiu do direito de ação.
   (C) Obrigatório, retoma a ação como parte principal em caso de negligência do querelante.
   (D) Facultativo, pode interpor recurso.

13. **(OAB/SP – 114º) Quanto à ação penal iniciada, marque a solução legítima:**
   (A) O Ministério Público poderá desistir da ação penal.
   (B) O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.
   (C) O Ministério Público poderá desistir da ação penal, com a concordância do juiz e das partes.
   (D) Após o oferecimento da denúncia, somente o juiz pode desistir de prosseguir a ação penal.

14. **(OAB/SP – 115º) Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considera-se perempta a ação quando:**
   (A) Iniciada, o querelante deixa de promover o andamento do processo durante 60 dias
   (B) Falecendo o querelante, não comparecer em Juízo para prosseguir no processo, dentro do prazo de 30 dias, qualquer pessoa a quem couber fazê-lo.
   (C) Sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguirá sem deixar sucessor.
   (D) O querelante deixar de comparecer, mesmo justificadamente, a qualquer ato do processo a que deva estar presente.

Gabarito

1. A
2. D
3. B
4. D
5. D
6. A
7. B
8. A
9. D
10. A
11. A
12. C
13. B
14. C

5

Denúncia e Queixa

São as peças iniciais da ação penal: a denúncia da ação penal pública, a queixa da ação penal privada. Assim como no Código de Processo Civil (art. 282), o Código de Processo Penal também traz o rol dos requisitos da petição inicial de uma ação penal, conforme a seguir.

5.1 Requisitos

O art. 41 do Código de Processo Penal estabelece que a denúncia ou queixa deverá conter:

a. **Exposição do fato em todas as suas circunstâncias.**
   Para que o direito de defesa seja exercido em sua amplitude, como manda o texto constitucional, a peça inicial deve descrever, com exatidão, de que forma se passaram os fatos e todas as circunstâncias a ele ligadas. Assim, a título de ilustração, se um crime de roubo foi praticado, a denúncia deve descrever como se deu a subtração, em que dia, hora, se houve emprego de arma, quantos eram os agentes etc.
   Nessa esteira, é essencial que, em caso de concurso de agentes, a peça inicial descreva com clareza, dentro do possível,

a atuação de cada um dos indivíduos, de modo que se possa identificar como os fatos se passaram, inclusive apontando os elementos que indicam a adesão das condutas. É o que explica Damásio de Jesus (2006, p. 54): "A co-autoria ou a participação exigem liame subjetivo (acordo de vontades, que não é imprescindível, ou induzimento, instigação ou auxílio). Esse elemento subjetivo, que se manifesta na adesão de uma vontade a outra, faz parte do tipo penal. Em conseqüência, é necessário que o Promotor de Justiça, na denúncia, descreva o fato constitutivo desse elemento subjetivo do tipo, sob pena de narrar um fato atípico sob a ótica do concurso de pessoas. A ausência da narração da conduta que configura a co-autoria leva a crer tratar-se de autoria colateral, em que um sujeito desconhece o comportamento de outro".

Há quem admita o oferecimento de *denúncia alternativa* (também aplicável à queixa), isto é, a inicial aponta para duas prováveis imputações pela análise do inquérito policial, buscando-se a condenação por uma delas. Podemos imaginar, a título de exemplo, a hipótese de um indivíduo ter sido surpreendido na posse de um automóvel, objeto de roubo, havendo, no inquérito, um leve indício de que tenha sido ele o próprio autor da subtração. Pede-se, na denúncia, então, a condenação por receptação *ou* por roubo. É a posição adotada atualmente por Afrânio Silva Jardim (cf. 2002, p. 145-158), mas repelida pela fração majoritária da doutrina.

b. Qualificação ou identificação do acusado.

Se não for possível qualificar o acusado, isto é, apontar sua completa individualização, deve-se indicar os dados que possibilitem sua identificação. Trata-se aqui de dados físicos, que permitam ao menos saber quem é o denunciado, muito embora não se saiba sua qualificação.

Isso porque não se pode imputar vagamente a prática de um crime a alguém que não se tem a mínima certeza de quem seja. Caso não seja possível colher o menor elemento identificador, deve-se rejeitar a peça.

c. Classificação jurídica do fato.

Na peça inicial, é necessário apontar ainda a previsão legal para a conduta que é ali descrita. Deve-se indicar exatamente qual a tipificação legal da infração, não basta *nomeá-la*. Como é sabido, o acusado defende-se dos fatos a ele imputados, não da classificação jurídica, mas nem por isso se dispensa tal classificação, pois não se admite o recebimento de denúncia ou queixa de fato que não é considerado crime pela lei penal.

d. Rol de testemunhas.

A apresentação do rol de testemunhas aparece como requisito, mas é óbvio que ele só será exigido se houver testemunha a ser inquirida. Havendo, este é o momento de a acusação arrolá-la, sob pena de preclusão.

Para a *queixa*, outros requisitos ainda são exigidos, os quais dizem respeito à procuração outorgada ao advogado, nos termos do art. 44 do Código de Processo Penal. Deve o instrumento de mandato conter poderes especiais para promover a ação, além de indicar o nome do *querelado* (há erro de redação no CPP, que traz, erroneamente, a palavra *querelante*) e fazer menção ao fato criminoso, salvo se tais esclarecimentos necessitarem de diligências que devam ser previamente requeridas no Juízo criminal.

5.2 Prazos

O prazo para oferecimento da denúncia é, em regra, de 15 dias, se o denunciado estiver solto, e de cinco dias, se o denunciado estiver preso. Leis especiais trazem prazos diversos, que podem ser:

a. de dois dias, nos crimes contra a economia popular (Lei n. 1.521/51);
b. de dez dias, nos crimes eleitorais (Lei n. 4.737/65);
c. de 48 horas, nos crimes de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65);
d. de dez dias, nos crimes de imprensa (Lei n. 5.250/67);
e. de dez dias, nos crimes de tráfico de drogas e assemelhados (Lei n. 11.343/2006).

Já para a queixa, o prazo é em regra de seis meses, a contar da data do conhecimento da autoria do delito ou do término do prazo do Ministério Público, na ação penal privada subsidiária da pública, como visto anteriormente.

5.3 Causas de rejeição da renúncia ou queixa (art. 395 do CPP)

O Código de Processo Penal estampa as causas que devem justificar a rejeição da peça inicial. Anote-se que o tema recebeu nova roupagem com o advento da Lei n. 11.719/2008, que revogou o art. 43 e trouxe nova redação ao art. 395. Nos termos deste artigo, será rejeitada a denúncia ou queixa quando:

a. For manifestamente inepta.

A inépcia da inicial decorre da inobservância de suas formalidades. Como visto, a lei processual estampa os requisitos que devem constar da peça exordial e, se o titular da ação, ao deduzir sua pretensão, não seguir seus ditames, terá como conseqüência a rejeição da petição inicial. Ressalte-se que não autoriza a rejeição mera irregularidade, pois a lei se refere à denúncia ou queixa *manifestamente inepta*, isto é, que se distancia à toda evidência das formalidades legais.

b. Faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

Pressupostos processuais são requisitos para a formação de um processo e seu conseqüente desenvolvimento. Aponta Tucci (2003, p. 191), citando José Frederico Marques e Eugenio Florian, os seguintes pressupostos do processo penal: "a) um órgão jurisdicional penal legitimamente constituído, isto é, um juiz que possua a jurisdição penal *in genere*; b) uma relação concreta de direito penal deduzida como objeto principal do

processo, isto é, uma causa penal; c) a presença de um órgão regular da acusação e a intervenção da defesa". Ausente qualquer desses pressupostos, a inicial deverá ser rejeitada.

Na mesma esteira, faltando qualquer condição da ação (item já estudado), deverá o magistrado rejeitar a peça inicial, como por exemplo, no caso de oferecimento de denúncia pelo Ministério Público sem que tenha havido representação da vítima, quando a lei a exige.

c. Faltar justa causa para o exercício da ação penal.

A falta de justa causa corresponde à ausência de suporte fático ou jurídico para o regular desenvolvimento da ação, isto é, a ausência de elementos indiciários, do *fumus boni iuris*, autorizador da persecução. Se não houver o mínimo de elementos que apontem para a existência do crime ou para a provável autoria, a peça inicial deverá ser rejeitada.

5.4 Recursos contra rejeição ou recebimento

Da decisão que rejeita denúncia ou queixa cabe recurso em sentido estrito no prazo de cinco dias (art. 581 do CPP). Caso se trate de infração de menor potencial ofensivo, sujeita aos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95), o recurso cabível é a apelação, no prazo de dez dias. Da rejeição nos crimes de imprensa também caberá apelação nos termos do art. 44, § 2°, primeira parte, da Lei n. 5.250/67.

Já da decisão que recebe a denúncia, em regra, não cabe recurso. Na hipótese, é possível a impetração de *habeas corpus*, caso esteja configurado constrangimento ilegal. Há exceção, no caso de recebimento, que também diz respeito à Lei n. 5.250/67, art. 44, § 2°, segunda parte (Lei de Imprensa), em que se prevê o recurso em sentido estrito para combater o recebimento da peça inicial.

Questões

1. **(OAB/SP – 107º – adaptada) Aponte a alternativa correta.**
A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
(A) O fato narrado evidentemente não constituir crime.
(B) O fato depender de prévia apuração em sede administrativa.
(C) Já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa.
(D) Faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

2. **(OAB/SP – 107º) Maurílio Inácio foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 157, do Código Penal. O juiz do processo rejeitou a inicial e o Ministério Público recorreu em sentido estrito. Seus fundamentos convenceram o magistrado que se retratou e recebeu a denúncia. Neste caso, a defesa de Maurílio Inácio poderá postular:**
(A) Envio dos autos ao Tribunal de Alçada Criminal.
(B) Remessa dos autos do Tribunal de Justiça.
(C) Ordem de *habeas corpus* com fundamento na falta de justa causa para o recebimento da denúncia.
(D) Mandado de segurança com fundamento no direito líquido e certo que o denunciado adquiriu com a rejeição da denúncia.

3. **(OAB/SP – 109º) Miguel, promotor de justiça, denuncia Inácio por conduta descrita na peça inicial, acabando por capitulá-la em dois artigos, alternativamente, e, assim, caso o juiz não entenda de uma forma, poderá receber a denúncia pela segunda capitulação. Portanto:**
(A) Não se pode receber denúncia alternativa, eis que a capitulação deve ser uma única só diante da descrição exordial.
(B) Cabe ao Magistrado optar por uma das duas formulações, não podendo prosperar as duas.
(C) A denuncia alternativa é medida acertada quando se tem dúvida acerca da correta capitulação, a qual deverá ser definida no curso da instrução processual
(D) O magistrado devera receber a denúncia, consignando que a mesma deve ser aditada na fase das alegações finais.

4. **(OAB/SP – 118º – adaptada) O magistrado, ao analisar a denúncia proposta pelo Ministério Público, poderá rejeitá-la?**
(A) Sim, se faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.
(B) Sim, caso o fato narrado evidentemente não constitua crime.
(C) Sim, se já estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou outra causa.
(D) Todas as alternativas são corretas.

5. **(OAB/SP – 122º) A decisão recebedora da denúncia, no procedimento comum ordinário:**
(A) Desafia recurso em sentido estrito.
(B) Enseja apelação.
(C) É atacável por agravo.
(D) Não comporta recurso

Gabarito

1. D
2. C
3. A
4. A
5. D

6

Ação Civil *Ex Delicto*

As responsabilidades civil e criminal são independentes. Um ilícito civil pode ser também ilícito penal, e o inverso ocorre na grande maioria das vezes. Porém, para evitar conflitos entre decisões das duas esferas, o legislador impôs regras buscando a interação entre elas. O art. 91, I, do Código Penal dispõe que a condenação torna certa a obrigação de reparar o dano. O Código Civil, no art. 927, dispõe que o ato ilícito será indenizado.

Para harmonizar os dispositivos, prevê o art. 63 do Código de Processo Penal que a sentença penal condenatória transitada em julgado constitui título executivo judicial a ser liquidada e executada no Juízo cível. Assim, o ofendido pode obter a reparação do prejuízo, sem ter que propor ação cível de conhecimento; basta promover execução diretamente no Juízo competente.

A respeito, inovou nosso legislador ao acrescentar parágrafo único ao referido art. 63 do Código de Processo Penal, através da Lei n. 11.719/2008, permitindo que o ofendido promova a execução pelo valor mínimo fixado na sentença condenatória, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. Em outras palavras, o juiz, ao proferir sentença condenatória, deverá fixar o valor mínimo para a reparação do dano causado pelo crime, podendo

a execução, então, ser promovida logo após o trânsito em julgado, com base nesse valor, sendo possível ainda ao ofendido liquidar a sentença criminal, para apuração do real valor da indenização.

A despeito dessa previsão, como dito, a responsabilidade civil independe da criminal, de modo que é possível que corram paralelamente uma ação penal e uma ação civil sobre o mesmo fato (art. 64 do CPP). O ofendido, então, não precisa esperar, se desejar, a conclusão da ação penal; pode ingressar com ação de reparação de dano no Juízo cível. Neste caso, o juiz, para evitar decisões contraditórias, pode suspender o curso da ação cível por até um ano (art. 64, parágrafo único, do CPP e art. 265, IV, *a* e § 5º, do CPC), sendo recomendável que prorrogue a suspensão, a despeito do prazo estipulado, até a sentença penal.

Nos termos do art. 65 do Código de Processo Penal, faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer que o agente praticou o fato acobertado por uma das causas excludentes de ilicitude descritas no art. 23 do Código Penal, pois esses atos são penalmente – e também civilmente –, lícitos, conforme preceitua o art. 188 do Código Civil. É possível, contudo, que o terceiro lesado ou o dono da coisa danificada, que não tenha sido o causador do perigo, seja ressarcido. Neste caso, o autor do dano terá ação regressiva contra o causador do perigo, para haver o valor que foi obrigado a reparar (arts. 929 e 930 do CC).

Também a sentença absolutória que reconheça a inexistência material do fato impede a reparação civil (art. 66 do CPP), algo bastante lógico, pois, se comprovado que o fato inexistiu no mundo naturalístico, não vai repercutir em nenhuma esfera do Direito.

Acrescente-se como causa impeditiva da reparação no juízo cível a nova hipótese de sentença absolutória, inserida no art. 386 do Código pela Lei n. 11.690/2008: quando estiver provado não ter o réu concorrido para a infração penal. Se a autoria for categoricamente afastada pelo juízo penal, não há que se falar em reparação do dano por ilícito civil.

Já outras decisões do Juízo penal não têm o condão de impedir a reparação civil: o despacho de arquivamento do inquérito policial, a absolvição por não estar provada a existência do fato ou a autoria delitiva, a absolvição por não ser o fato infração penal, a absolvição por insuficiência de provas e a declaração de extinção da punibilidade.

Têm a *titularidade* para a propositura da ação cível o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Porém, se o titular do direito for pobre, pode requerer ao Ministério Público, para que este a proponha, nos termos do art. 68 do Código de Processo Penal. Observe-se que esta regra tem sido abrandada pelo Supremo Tribunal Federal, que vem adotando o entendimento de que o órgão ministerial só deve assumir a titularidade da ação civil onde não houver Defensoria Pública, uma vez que este órgão é o destinado a patrocinar os interesses de pessoas financeiramente hipossuficientes. É o que explica Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 220-221):

"Pode o interessado, também, valer-se do serviço de assistência judiciária, proporcionado pelo próprio Estado, através de convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil. A legitimidade do representante do Ministério Público, no entanto, é sustentável até que a Defensoria Pública seja efetivamente organizada, para a defesa e orientação jurídica dos necessitados, em todos os graus. É o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal: 'No contexto da Constituição Federal de 1988, a atribuição dada ao Ministério Público para promover ação civil de reparação de danos *ex delicto*, quando for pobre o titular da pretensão, foi transferida para a Defensoria Pública; porém, se este órgão ainda não foi implementado, nos moldes do art. 134 da Carta Política e da LC 80/94, inviabilizando, assim, a transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo Penal, que legitima o *parquet* para promover tal pleito indenizatório, será considerado ainda vigente' (RE 147.776-SP, 1ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 19.05.1998, v.u., RT 755/169)".

Entende-se que a execução da sentença penal condenatória só pode ser proposta contra o réu do processo criminal, pois, se porventura fosse executado seu responsável civil, ferir-se-ia o devido processo legal. A ação civil de conhecimento, contudo, pode ser proposta contra o responsável por expressa disposição do art. 64 do Código de Processo Penal.

Quanto à *competência*, o ofendido pode propor a ação no foro de seu domicílio, no do local dos fatos (art. 100 do CPC) ou no do domicílio do réu (regra geral, contida no art. 94 do CPC).

Questões

1. **(OAB/SP – 107°) Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. Tal assertiva é:**
   (A) Correta
   (B) Incorreta.
   (C) Imprópria, diante da conexão das ações civil e penal.
   (D) Aplicada apenas nos delitos contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

2. **(OAB/SP – 109°) Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no Juízo cível, para efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Trata-se de:**
   (A) Ação cominatória criminal.
   (B) Ação reparatória criminal.
   (C) Ação civil "ex delicto".
   (D) Ação processual penal de reparação de dano

3. **(OAB/SP – 117°) Faz coisa julgada no cível, impossibilitando, em qualquer hipótese, o ressarcimento do dano, a sentença penal transitada em julgado que:**
   (A) Absolver o réu, reconhecendo haver ausência de prova quanto à existência do fato.
   (B) Absolver o réu, reconhecendo a inexistência do fato.

(C) Absolver o réu, reconhecendo não existir prova suficiente para a condenação.
(D) Condenar o réu.

4. **(OAB/SP – 119°) Constitui causa impeditiva para o ajuizamento de ação civil:**
(A) Sentença absolutória criminal que decide que o fato imputado não constitui crime.
(B) Arquivamento de inquérito policial.
(C) Sentença absolutória criminal que reconheça a inexistência material do fato.
(D) Decisão criminal que julga extinta a punibilidade do agente.

5. **(OAB/SP – 127°) Sobre a influência do julgado penal no cível, assinale a alternativa correta:**
(A) Não impede a propositura da ação civil a decisão que julgar extinta a punibilidade
(B) Impede a propositura da ação civil a sentença que decidir que o fato imputado não constitui crime
(C) Não faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estrito cumprimento de dever legal
(D) Faz coisa julgada no cível a sentença penal que absolver por insuficiência de provas.

Gabarito

1. A
2. C
3. B
4. C
5. A

7

Jurisdição e Competência

7.1 Jurisdição

Antes que possamos falar de competência, objeto principal deste capítulo, faz-se necessário lembrar alguns aspectos relativos à jurisdição. *Jurisdição* é o poder-dever do Estado de aplicar a norma em abstrato ao caso concreto. Só o Estado, na função de Estado-juiz, é detentor do poder jurisdicional, por conseqüência, além de um poder, é também um dever, já que o monopólio obriga-o a agir quando um conflito lhe é apresentado.

Em outras palavras, podemos dizer que a jurisdição é o poder de julgar um caso concreto, de acordo com o ordenamento jurídico, por meio do processo. Lembre-se de que a palavra "jurisdição" vem do latim *juris* (direito) e *dictio* (dizer), significando então o "poder de dizer o direito".

São características do Poder Jurisdicional:

a. **inércia:** o órgão jurisdicional não atua sem provocação; deve ser provocado por meio de ação;
b. **substitutividade:** o órgão jurisdicional atua em nome das partes, uma vez que monopoliza a jurisdição;
c. **definitividade:** a decisão do processo via de regra é definitiva.

A jurisdição, como poder do Estado, é *una*, porém isso não quer dizer que apenas um agente seja responsável pelo seu exercício, o que seria absolutamente impossível em locais de dimensões continentais como o Brasil. Diante disso, a lei distribui a jurisdição entre os diversos órgãos do Poder Judiciário. Surge aí, então, a competência.

7.2 Competência

Competência é "a medida e o limite da jurisdição, é a delimitação do poder jurisdicional" (MIRABETE, 2006, p. 156). É a verdadeira medida da extensão do poder de julgar; é a porção de jurisdição que cabe a cada órgão do Poder Judiciário, na atividade de aplicar o Direito ao caso concreto.

O tema competência em processo penal carece de sistematização, pois suas regras estão espalhadas pela Constituição da República, Código de Processo Penal e Leis Especiais, Constituições Estaduais e Leis de Organização Judiciária locais. Destarte, não é tarefa fácil buscar uma linha de estudo que contemple todas as disposições e resolva os eventuais conflitos entre as normas. Trabalharemos aqui estabelecendo as regras de competência a partir dos três critérios comumente apontados pela doutrina.

7.2.1 Critérios para a fixação de competência

Pode-se estabelecer e fixar as regras de competência a partir de três aspectos:

a. em razão da matéria ou natureza da infração penal (*ratione materiae*);
b. em razão do cargo ou função do acusado (*ratione personae*);
c. em razão do local do crime ou da residência do acusado (*ratione loci*).

7.2.1.1 Competência em razão da matéria ou natureza da infração

Como forma de chegar à fixação da competência no processo penal, podemos definir, em um primeiro momento, o Juízo competente para julgar o caso concreto, em razão da natureza da infração penal. Determinadas matérias foram eleitas pelo constituinte para serem julgadas por justiças especializadas, isto é, por justiças criadas para julgar apenas certas modalidades de infração. As matérias restantes cabem à Justiça Comum.

São **justiças especiais:**

1) Justiça Eleitoral (arts. 118 a 121 da CF e Lei n. 4.737/65), competente para julgar infrações penais eleitorais e as conexas a elas. Exemplo: votar em lugar de outrem (art. 309 da Lei n. 4.737/65) e corrupção ativa (art. 333 do CP).

Em virtude da regra de conexão exposta, na qual a competência da Justiça Eleitoral atrai as infrações que tenham sido praticadas vinculadas a um crime eleitoral, surgiu controvérsia a respeito de como proceder caso exista conexão entre um crime eleitoral e um crime doloso contra a vida, o qual, como se sabe, deve ser julgado pelo Tribunal do Júri. A posição amplamente majoritária sustenta que não deve operar a reunião de processos neste caso, pois a competência de cada órgão está prevista na Constituição Federal, não havendo razão para a Justiça Eleitoral se sobrepor ao Júri. Assim, o crime eleitoral será julgado pela Justiça Especial e o crime doloso contra a vida, pelo seu juiz natural, o Júri.

2) Justiça Militar (art. 124 da CF), competente para julgar crimes militares, assim definidos em lei, mais precisamente no art. 9º do Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001/69). Não julga ela os crimes conexos.

A doutrina costuma dividir os crimes militares em *propriamente militares* e *impropriamente militares*. Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 159), citando Jorge Alberto Romeiro, esclarece que "(...) crime propriamente militar, cujas raízes remontam ao direito romano, é aquele "que só por militar poderia ser praticado, pois consiste

na violação de deveres restritos, que lhe são próprios", sendo identificado por dois elementos: a qualidade do agente (militar) e a natureza da conduta (prática funcional). São os crimes considerados impropriamente militares quando, apesar de "comuns em sua natureza, cuja prática é possível a qualquer cidadão (civil ou militar)", passam a ser considerados militares porque praticados "por militar em certas condições". Enquadram-se aí, também os crimes militares praticados por civis".

A Justiça Militar Federal, competente para o julgamento de membros da Forças Armadas, pode julgar também o civil, quando, por exemplo, ele praticar crime contra as instituições militares. Já a Justiça Militar Estadual, destinada a julgar os membros das Polícias Militares dos Estados, só julga militar, por força da redação do art. 125, § 4º, da Constituição da República.

No que tange à Justiça Militar, é essencial lembrar-se que os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil serão da competência da Justiça Comum, ou seja, do Tribunal do Júri, segundo a nova redação do já mencionado art. 125, § 4º, da Constituição da República, bem como do art. 82, *caput*, do Código de Processo Penal Militar.

Da mesma forma, se o militar está de folga ou pratica crime comum, seu julgamento fica afeito à Justiça Comum, como ocorre com o crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65), que *não* é julgado pela Justiça Militar, conforme orientação do STJ, exposta na Súmula 172: "Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço".

São **justiças comuns:**

1) Justiça Federal (art. 109, IV, da CF), competente para julgar:

a. Crimes políticos.

Entendem-se por crimes políticos aqueles de motivação política e contra a estrutura política do Estado. Sustenta-se que estão descritos na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83);

b. Infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções.

Como se vê, crimes praticados tendo como vítima a União ou órgãos de administração indireta a ela ligados levam a competência para a Justiça Federal, o que não poderia ser diferente. Assim, se, por exemplo, é praticado um crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP), em que o agente se apropria indevidamente de verba destinada a entidade autárquica da União, o INSS, a competência é da Justiça Federal.

Sustenta-se também que um crime que venha a ser praticado contra um funcionário público federal, no exercício de suas funções, leva a competência para a Justiça Federal, já que, na verdade, afronta-se o serviço da União ou de suas entidades. É esse o teor da Súmula 147 do STJ: "Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função".

Alguns apontamentos são necessários aqui. Se o crime for praticado em detrimento de *Sociedade de Economia Mista*, a competência será da Justiça Estadual, pois a Constituição da República não se referiu a ela. É esse o entendimento expresso na Súmula 42 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento". A prática de crime contra a Petrobras e o Banco do Brasil, por exemplo, deve ser julgada pela Justiça Comum Estadual.

Ressalte-se que as contravenções penais também *não* são julgadas pela Justiça Federal, por expressa ressalva da Constituição da República. Destarte, se uma contravenção for praticada de modo a se justificar a competência da Justiça Federal, a regra não irá se concretizar, restando o julgamento à Justiça Estadual, nos termos da Súmula 38 do STJ: "Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades".

c. Crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

São os chamados *crimes a distância*, cuja ação ou omissão se dá em um país e o resultado em outro, ou devesse se dar em outro. Se a previsão estiver em tratado ou convenção em que o Brasil seja parte, a competência é da Justiça Federal. A título de exemplo, pode-se mencionar o tráfico internacional de drogas, que, por força da Convenção de Viena, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 154/91, é da competência da Justiça Federal. Hoje, outra norma reforça tal regra: o art. 70 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas).

d. Casos de grave violação de direitos humanos, se houver necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil faça parte.

Inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, não há definição legal do que seja "grave violação de direitos humanos". A título de exemplo, pode-se mencionar o crime de genocídio. Se o procedimento foi iniciado na Justiça Estadual, o procurador-geral da República deverá suscitar o deslocamento de competência ao Superior Tribunal de Justiça.

e. Crimes contra a organização do trabalho.

Entende-se que, para fixar a competência da Justiça Federal neste caso, os crimes devem ser contra a organização geral do trabalho ou os direitos dos trabalhadores, coletivamente considerados.

f. Crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, quando determinados em lei.

Não basta que sejam crimes dessa natureza; é preciso que exista previsão legal no sentido de estabelecer a competência da Justiça Federal. É o que ocorre com os crimes descritos nos arts. 2º a 23 da Lei n. 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), por força do seu art. 26, *caput*.

g. Crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.

Note-se que a Constituição da República se refere a "navios", que devem ser entendidos como "as embarcações de grande cabotagem, autorizados e aptos a realizar viagens internacionais" (TOURINHO FILHO, 2005, p. 244). Afasta-se, assim, a competência federal quando o crime ocorrer no interior de pequenas embarcações. Quanto às aeronaves, já decidiu o STJ que a expressão "a bordo" subsiste, mesmo que a aeronave esteja pousada (CC 19794-SP). É também o posicionamento de Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 178).

h. Crimes de ingresso e permanência irregular de estrangeiro.

Tais crimes estão definidos no art. 125 da Lei n. 6.815/80.

Registre-se, por fim, o teor da Súmula 142 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crimes em que o indígena figure como autor ou vítima".

2) Justiça Estadual (art. 125 da CF), competente para julgar tudo que não for da competência das jurisdições especiais e da comum federal. Sua competência é residual.

Duas observações para encerrar a competência das Justiças Comuns:

a. os crimes dolosos contra a vida são de competência do *Tribunal do Júri*, prevista no inciso XXXVIII, *d*, do art. 5º da Constituição da República. O Júri poderá ser da jurisdição comum estadual ou federal, dependendo do caso. Um homicídio a bordo de uma aeronave, por exemplo, leva o julgamento ao Tribunal Popular Federal;

b. os *Juizados Especiais Criminais* são competentes para julgar as infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, aquelas que tenham pena máxima não superior a dois anos (art. 61 da Lei n. 9.099/95). Podem eles também ser da esfera federal ou da esfera estadual.

Se uma infração da competência dos Juizados Especiais Criminais for praticada em conexão com uma infração grave, de com-

petência da Vara Criminal ou do Júri, esta deverá julgar as duas infrações, aplicando-se, quando cabíveis, os institutos da composição civil e da transação penal à infração de menor potencial ofensivo. É o que dispõe o art. 60, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, "na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis". Exemplo: roubo conexo com ameaça é julgado pela Vara Criminal, mas se aplicam os institutos despenalizadores para o crime de ameaça (alteração efetuada pela Lei n. 11.313/2006).

7.2.1.2 Competência em razão do cargo ou função do acusado

Comumente chamada de competência em razão da *pessoa*, na verdade não é fixada levando em conta os atributos pessoais do acusado, e sim o cargo ou a função que ele ocupa. Justifica-se tal regra pela relevância do cargo ou função, que eleva o julgamento das infrações penais às instâncias superiores, retirando-o da esfera de competência dos juízes de primeiro grau. É o chamado foro por prerrogativa de função, ou, como muitos denominam, foro privilegiado. Anote-se que boa parte da doutrina tem por inconstitucional esta espécie de competência, por ofender o princípio da igualdade.

Enumerar-se-á a seguir a competência por prerrogativa de função para o julgamento de *infrações penais comuns*, deixando-se de cuidar dos chamados crimes de responsabilidade, que são, na verdade, infrações político-administrativas.

A divisão de competência sob esse critério, então, dá-se da seguinte forma:

a. **Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *b* e *c*, da CF):** presidente da República, vice-presidente, deputados federais, senadores, seus próprios ministros, procurador-geral da República, advogado-geral da União, ministros de Estado, comandantes das Forças Armadas, ministros dos Tribunais Superiores, membros do Tribunal de Contas da União, chefes de missão diplomática de caráter permanente;

b. **Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *a*, da CF):** governadores dos Estados e do Distrito Federal, desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, membros do Tribunal Regional Federal, membros dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, membros do Ministério Público da União que oficiem perante os Tribunais;
c. **Superior Tribunal Militar (art. 6°, I, *a*, da Lei n. 8.457/92):** nos crimes militares, os oficiais generais das Forças Armadas;
d. **Tribunais Regionais Federais (art. 108, I, da CF):** juízes federais, juízes do Trabalho, juízes auditores da Justiça Militar, membros do Ministério Público Federal que oficiem em Primeira Instância;
e. **Tribunais Regionais Eleitorais (art. 29, I, *d*, da Lei n. 4.737/65):** nos crimes eleitorais e a eles conexos, juízes e promotores de justiça eleitorais;
f. **Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 29, X; art. 96, III, da CF):** prefeitos, juízes estaduais, membros do Ministério Público Estadual.

Em relação aos prefeitos, cumpre esclarecer que, muito embora a Constituição da República se refira ao Tribunal de Justiça como órgão competente para seu julgamento, eles poderão ser julgados por outros Tribunais, desde que respeitadas a Instância e a matéria. Destarte, se forem acusados da prática de crimes de competência da Justiça Federal, o julgamento ocorrerá perante o TRF de sua região. Caso sejam acusados da prática de crime eleitoral, a competência desloca-se para o Tribunal Regional Eleitoral. É o que estabelece a Súmula 702 do STF: "A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau".

Por força de autorização concedida pelo art. 125, § 1º, da Constituição da República, as Constituições dos Estados podem determinar a competência para processar e julgar perante os respectivos Tribunais de Justiça outros cargos, observando-se os princípios constitucionais, notadamente a simetria entre os cargos ou funções.

A título de ilustração, a Constituição do Estado de São Paulo estabelece, em seu art. 74, I e II, que é da competência do Tribunal de Justiça o julgamento: do vice-governador, dos secretários de estado, dos deputados estaduais, do procurador-geral de justiça, do procurador-geral do estado, do defensor público geral, dos juízes do Tribunal de Justiça Militar, dos juízes de direito da Justiça Militar, do delegado-geral da Polícia Civil e do comandante-geral da Polícia Militar.

A Constituição do Estado do Piauí, por seu turno, contempla o julgamento pelo Tribunal de Justiça dos vice-prefeitos e dos vereadores (art. 123, III, *d*, 1), além dos procuradores do estado e dos defensores públicos (art. 123, III, *d*, 3).

Quanto ao cargo de delegado de polícia, a atribuição de foro por prerrogativa de função tem sido rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida pelo Pleno na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.587-2, que considerou inconstitucional a norma do Estado de Goiás que conferia ao Tribunal de Justiça a competência para julgamento dos ocupantes da carreira.

Os detentores de julgamento originário nos Tribunais de Justiça, se cometerem crime em outro Estado da Federação, deverão ser julgados no Estado ao qual estão vinculados. Assim, se um juiz de direito do Estado de São Paulo cometer um crime no Estado do Mato Grosso, seu julgamento será realizado perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Para finalizar o tema, cumpre fazer algumas observações a respeito de questões controvertidas.

O julgamento de quem tem foro por prerrogativa de função e é acusado de cometer crime doloso contra a vida ocorre perante o Tribunal competente e não perante o Tribunal do Júri, se a prerrogativa

estiver prevista na Constituição da República. Se, contudo, a competência em razão da pessoa estiver definida em Constituição Estadual (deputados estaduais em São Paulo, por exemplo), prevalece a competência do Tribunal do Júri, pois prevista na Lei Maior. É o que estabelece a Súmula 721 do STF: "A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual".

Havendo concurso de agentes entre pessoas que detêm a prerrogativa de função e pessoas que não gozam de tal prerrogativa, o julgamento será perante o Tribunal competente, conforme a Súmula 704 do STF: "Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal, a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados".

No que tange à aplicabilidade das regras de prerrogativa de função em razão do exercício do cargo ou função, tem-se hoje que, cessado tal exercício por término do mandato ou qualquer outro motivo, cessa também a competência do Tribunal respectivo.

Por fim, se no processo que versa sobre crime de calúnia o querelante gozar de prerrogativa de função e for oposta exceção da verdade, ela deve ser julgada pelo Tribunal competente, para que não haja ofensa às regras de competência. Por exemplo: um juiz de direito se sente caluniado e promove a ação penal contra o ofensor em Primeira Instância. O querelado opõe exceção da verdade. Ela deve ser julgada pelo Tribunal de Justiça (foro competente para julgar o magistrado), retornando os autos à Primeira Instância, após o julgamento.

7.2.1.3 Competência em razão do lugar

Após verificar as regras de competência que levam em conta a natureza da infração e a qualidade do cargo que determinadas pessoas ocupam, cumpre estabelecer como se fixa o foro competente para julgamento, levando em consideração o lugar em que se deu o crime ou em que reside o acusado.

7.2.1.3.1 Lugar do crime

As regras estampadas no art. 70 do Código de Processo Penal estabelecem que a competência será fixada:

a. Pelo lugar em que se consumar a infração (art. 70, *caput*, primeira parte, do CPP).

Adotou nosso Código de Processo a teoria do resultado quanto à competência pelo lugar da infração. É a consumação que dita o local onde determinada infração deve ser processada. Nos termos do art. 14, I, do Código Penal, diz-se consumado o crime "quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal". Por exemplo, no crime de estupro, se o agente abordou a vítima em uma cidade e levou-a até outra, onde praticou a conjunção carnal, será esta última a competente para julgamento, pois foi onde se deu a consumação.

Em relação às infrações de menor potencial ofensivo, cujo julgamento está a cargo dos Juizados Especiais Criminais, estabelece a Lei n. 9.099/95, em seu art. 63, que "a competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal". Divide-se a doutrina na interpretação do termo "praticada", adotando-se posicionamentos no sentido de ser o local da ação ou omissão, da consumação (ou resultado) ou, ainda, de ambos.

Alguns crimes, pelas suas peculiaridades, podem suscitar alguma dúvida quanto ao momento consumativo, por isso a jurisprudência cuidou de sedimentar algumas regras:

1) No crime de *homicídio (art. 121 do CP)*, a consumação se dá, obviamente, no momento da morte. Na hipótese de ser a vítima alvejada em uma cidade e conduzida ao hospital de outra cidade e ali morrer, adota a jurisprudência a regra de que o foro competente é o do local da ação, ou seja, onde foi atingida a vítima. Tal regra se justifica pelas melhores condições de colheita da prova no local dos fatos, tendo em vista o julgamento pelo Tribunal do Júri.

2) No crime de *estelionato pela emissão de cheque sem fundos (art. 171, § 2º, VI, do CP)*, o foro competente será o do local onde houve a recusa no pagamento, pois aí é que se consuma a infração. Se, por exemplo, alguém que tem conta corrente em Porto Alegre emite um cheque sem provisão de fundos em Florianópolis, o processo deverá ser instaurado em Porto Alegre, local onde está estabelecido o banco (Súmula 521 do STF e Súmula 244 do STJ).
3) No crime de *estelionato mediante falsificação de cheque (art. 171, caput, do CP)*, será competente o foro do local onde houve vantagem, isto é, onde o cheque foi transmitido, pois é com a vantagem em prejuízo alheio que se consuma o crime de estelionato simples. Exemplificando: uma pessoa falsifica a assinatura do verdadeiro correntista de uma conta localizada em Manaus e paga uma compra com o referido cheque na cidade de Belém. A ação deverá ter curso nesta última, pois foi aí que se consumou o crime.
4) No crime de *falso testemunho prestado em carta precatória (art. 342 do CP)*, a competência será do Juízo deprecado, pois ali se consumou a infração.

b. No caso de tentativa, será o local onde se praticou o último ato de execução (art. 70, *caput*, segunda parte, do CPP).

Como na tentativa o *iter criminis* é interrompido antes de se chegar à consumação do delito, foi preciso prever regra para fixar a competência neste caso. Adotou-se regra lógica: o local onde se interrompeu a execução será o competente para o julgamento da infração.

c. Em caso de crime iniciado no Brasil e consumado fora dele, será competente o local onde foi praticado o último ato de execução, dentro do território nacional (art. 70, § 1º, do CPP).

Seguindo o mesmo raciocínio da hipótese da tentativa, o legislador fixou a competência do local onde aconteceu o último ato de execução dentro do Brasil para julgamento dos crimes que ultrapassem a fronteira, chamados "crimes a distância".

d. Caso o último ato de execução tenha sido realizado fora do Brasil, será competente o foro do local em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou deveria produzir seu resultado (art. 70, § 2°, do CPP).
É a hipótese inversa da anterior. Aqui, iniciou-se a execução do crime no exterior, tendo sido o resultado produzido lá fora, ou apenas parte dele, produzido no Brasil. Competente será o foro deste local, então, ou do local onde deveria ter sido produzido tal resultado.

Pode ser necessário, diante do caso que se apresenta, estabelecer qual comarca é a competente para julgar a infração, tendo em vista que duas ou mais se mostram, em princípio, como competentes. Utiliza-se, então, o instituto da *prevenção*, que, nos termos do art. 83 do Código de Processo Penal, ocorre "toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa".

Assim, havendo duas ou mais comarcas igualmente competentes para o julgamento de uma causa, o juiz daquela que praticar qualquer ato processual ou pré-processual, como a determinação de busca e apreensão, por exemplo, tornar-se-á *prevento*.

Fixa-se a competência pela prevenção quando:

a. *o crime ocorrer na divisa entre comarcas ou se for incerto o limite entre elas (art. 70, § 3°, do CPP);*

b. *em caso de crime continuado ou permanente, eles atravessem duas ou mais jurisdições (art. 71 do CPP).*

7.2.1.3.2 Lugar do domicílio do acusado

Não sendo conhecido o lugar da infração, competente será o lugar do domicílio do réu (art. 72, *caput*, do CPP). Note-se que tal regra tem lugar apenas quando não se consegue apurar onde o crime aconteceu; é regra subsidiária, portanto. Exemplificando: a bagagem de uma pessoa é furtada do bagageiro de um ônibus que vai de Belo Horizonte a Salvador, sem que se consiga determinar onde

o furto ocorreu. Identificando-se porventura o provável autor do delito, será competente o foro de seu domicílio.

Se o réu tiver *mais de um domicílio*, será fixada a competência pela prevenção (art. 72, § 1°, do CPP). Se *não tiver residência certa* ou for *ignorado seu paradeiro*, será competente o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato (art. 72, § 2°, do CPP). Neste caso, não se trata de prevenção, pois não se têm, em princípio, comarcas igualmente competentes concorrendo para a apreciação da causa.

No caso de *ação exclusiva privada*, o querelante pode preferir promover a ação no foro de domicílio do réu, ainda que conhecido o local da infração (art. 73 do CPP).

No processo dos crimes praticados fora do território brasileiro, em que deva ser aplicada a lei penal brasileira, será competente o Juízo da Capital do Estado onde houver por último residido o acusado. Se nunca residiu no Brasil, será competente a Capital da República (art. 88 do CPP).

Os crimes cometidos a bordo de embarcação em águas territoriais brasileiras, bem como a bordo de embarcação nacional em alto-mar, serão julgados pela Justiça do primeiro porto em que tocar a embarcação após o crime ou pela do último que tiver tocado, quando se afastar do País (art. 89 do CPP). Da mesma forma, os crimes cometidos a bordo de aeronaves em espaço aéreo brasileiro, bem como a bordo de aeronave nacional em alto-mar, serão julgados pela Justiça da comarca onde se der o pouso após o crime ou pela Justiça da comarca de onde houver partido a aeronave (art. 90 do CPP). Se incertas e se não se determinar pelas duas hipóteses anteriores, a competência será firmada pela prevenção (art. 91 do CPP).

7.2.2 Conexão e continência

São causas de alteração da competência, em virtude da relação existente entre duas condutas, que fazem que estas sejam reunidas em um só processo perante um só Juízo, chamado de *Juízo prevalente*.

7.2.2.1 Conexão

Para haver conexão, deve existir um vínculo entre duas ou mais infrações penais. Ocorre quando duas ou mais infrações entrelaçadas apresentam nexo entre si. São espécies de conexão:

1) **Conexão intersubjetiva (art. 76, I, do CPP):** as infrações encontram-se unidas pelos sujeitos, isto é, por terem sido praticadas por duas ou mais pessoas. Pode ser:
   a. **por simultaneidade:** duas ou mais infrações são praticadas ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas ocasionalmente. Exemplo: pessoas que saqueiam, ao mesmo tempo, loja de eletrodomésticos (vários crimes de furto);
   b. **por concurso:** duas ou mais infrações são praticadas por pessoas em concurso (com liame subjetivo), ainda que em tempos e locais diversos. Exemplo: vários agentes, membros de facção criminosa, planejam e praticam homicídios, roubos, incêndios em várias localidades e tempos diversos;
   c. **por reciprocidade:** duas ou mais infrações são praticadas por agentes uns contra os outros. Exemplo: lesões corporais recíprocas.
2) **Conexão objetiva (art. 76, II, do CPP):** as infrações encontram-se unidas objetivamente, ou seja, pela própria ligação existente entre uma e outra, e não em razão dos sujeitos que as praticam. Pode ser:
   a. **teleológica:** uma infração penal é praticada para assegurar a *execução* de outra. Exemplo: matar o segurança para estuprar a mulher;
   b. **seqüencial:** uma infração é praticada para assegurar a:
      - ocultação de outra. Exemplo: incêndio para impedir a descoberta de uma falsificação de documento;
      - impunidade de outra. Exemplo: matar testemunha de crime anterior;
      - vantagem de outra. Exemplo: matar cúmplice para ficar com todo o produto do roubo

3) **Conexão probatória/instrumental (art. 76, III, do CPP):** ocorre quando a prova de uma infração influi na prova de outra. Exemplo: prova do crime de furto em relação ao de receptação.

7.2.2.2 Continência (art. 77 do CPP)

Dá-se quando uma causa está contida na outra, de tal forma que não se pode separá-las. Pode ser:

a. **por cumulação subjetiva (art. 77, I, do CPP):** ocorre quando duas ou mais pessoas praticam em concurso uma mesma infração. É a co-autoria ou participação em um único crime. Exemplo: três pessoas que praticam um roubo a banco em concurso;
b. **por cumulação objetiva (art. 77, II, do CPP):** ocorre em todas as hipóteses de concurso formal (art. 70 do CP), incluindo *aberratio ictus* (art. 70 do CP) e *aberratio criminis* (art. 74 do CP). Exemplo: agente atira visando a determinada pessoa, acerta-a, mas também fere outras duas.

7.2.3 Foro prevalente

Quando houver alteração de competência em razão da conexão ou continência, como dito, as causas serão reunidas em um só processo. Será preciso, então, saber qual é o foro competente para julgá-lo. O Código de Processo Penal traz as regras em seu art. 78:

a. no concurso entre Júri e outro órgão da jurisdição comum, *prevalece a competência do Júri*. Exemplo: homicídio e estupro conexos são julgados pelo Tribunal do Júri;
b. no concurso entre jurisdições da mesma categoria, prevalece:
   - a do lugar da infração de *pena mais grave*. Exemplo: furto e roubo, prevalece a do local do roubo pela pena maior (quatro a dez anos de reclusão, contra um a quatro anos de reclusão do furto);
   - se de igual gravidade, a do lugar em que houver ocorrido o *maior número de infrações*. Exemplo: um agente furta de uma

loja na cidade de São Paulo, de uma vez, três automóveis. Estes são distribuídos a três receptadores diferentes na cidade do Rio de Janeiro. O foro prevalente será o do Rio de Janeiro, em virtude de lá terem ocorrido três crimes;

- a *prevenção*, se penas idênticas e em igual número. Exemplo: um único furto e uma única receptação.

c. no concurso entre jurisdições de categorias diversas, prevalece a de maior graduação, como já estudado anteriormente. Exemplo: prefeito agindo em concurso com outras pessoas, todos serão julgados pelo Tribunal correspondente;

d. no concurso entre jurisdição comum e especial, prevalece a especial. Exemplo: crime eleitoral e corrupção ativa serão julgados pela Justiça Eleitoral. Se, todavia, ambas as definições de competência estiverem previstas na Constituição da República, como acontece com a Justiça Eleitoral e o Tribunal do Júri, o entendimento majoritário é o de que deve haver separação de processos;

e. no concurso entre Justiça Federal e Justiça Estadual, prevalece a Justiça Federal, regra esta estabelecida não por disposição do Código de Processo Penal, e sim por força da Súmula 122, do STJ: "Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, *a*, do Código de Processo Penal".

Estabelece o art. 82 do Código de Processo Penal que, se por qualquer motivo estiverem correndo dois processos diferentes, onde deveria haver reunião por conexão ou continência, o juiz do foro prevalente deverá *avocar* o outro processo (art. 82 do CPP), ou seja, chamar para a sua jurisdição.

7.2.4 Separação de processos

Mesmo sendo hipótese de conexão ou continência, o Código prevê casos em que se deva dar a separação dos processos, por impossibilidade de ocorrer a reunião ou por conveniência, a critério do legislador. Essa separação pode ser *obrigatória* ou *facultativa*.

1) *Obrigatória* (art. 79 do CPP):

a. no concurso entre as jurisdições comum e militar;

b. no concurso entre as jurisdições comum e da infância e juventude;

c. no caso de superveniência de doença mental a um dos co-réus;

d. no caso de haver co-réu foragido que não possa ser julgado à revelia. Exemplo: suspensão do processo nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal;

e. se não houver coincidência na escolha de jurados, no caso de dois ou mais réus com defensores diversos, no plenário do júri (art. 469 do CPP).

2) *Facultativa* (art. 80 do CPP):

a. quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou lugar diferentes, desde que tal fato possa prejudicar o andamento da ação;

b. em razão do número excessivo de réus;

c. para não prolongar a prisão provisória de qualquer um dos réus;

d. por qualquer outro motivo relevante.

Cumpre anotar ainda que, havendo reunião por conexão ou continência, se o juiz ou tribunal proferir sentença absolutória ou desclassificar a infração para outra que não seja de sua competência, continuará competente para os demais processos (art. 81 do CPP). É o que se denomina *perpetuatio jurisdictionis*.

Lembre-se de que, conforme já observado anteriormente, no caso de conexão entre infração de menor potencial ofensivo e infração grave, a competência para julgamento é do Juízo Criminal Comum, que deve aplicar as regras da transação e da composição civil àquela infração, nos termos do art. 60, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95.

Questões

1. (OAB/SP – 120°) Tratando-se de crime consumado no território nacional, não sendo conhecido o lugar da infração, a competência regular-se-á pelo:
   (A) Domicílio ou residência da vítima.
   (B) Domicílio ou residência do acusado.
   (C) Domicílio ou residência da testemunha.
   (D) Lugar em que o crime, embora parcialmente, tenha produzido ou devia produzir resultado.

2. (OAB/MG – 2004/2) É correto afirmar que compete:
   (A) À Justiça Federal processar e julgar contravenções penais praticadas em detrimento de bens da União.
   (B) À Justiça Comum processar e julgar crimes cometidos pelos militares.
   (C) Ao Tribunal do Júri processar e julgar todos os crimes contra a vida.
   (D) Ao Juizado Especial Criminal a conciliação e o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo.

3. (OAB/SP – 125°) Hipótese de crime em que a competência não é da Justiça Federal:
   (A) Furto de bem pertencente à Caixa Econômica Federal.
   (B) Lavagem de dinheiro conexo com roubo de bens pertencentes ao Banco do Brasil.
   (C) Prevaricação praticada por procurador da República.
   (D) Apropriação indébita previdenciária

4. (OAB/SP – 124°) O Júri, no sistema brasileiro, é competente para julgar:
   (A) Crime dolosos contra a vida, latrocínio e crimes a eles conexos.
   (B) Crimes dolosos contra a vida e crimes a eles conexos
   (C) Apenas crimes dolosos contra a vida, não podendo julgar os crimes a eles conexos.
   (D) Apenas crimes dolosos contra a vida, consumados e não tentados

5. (OAB/SP – 131°) João é acusado de dois crimes de roubo qualificado, cometidos em São Paulo, e de cinco furtos qualificados, cometidos em Osasco. Os crimes são conexos. O foro competente para o processo e o julgamento de todos os crimes será, segundo o Código de Processo Penal, o da comarca de:
   (A) São Paulo.
   (B) Osasco.
   (C) São Paulo ou Osasco, fixando-se a competência pela prevenção.
   (D) São Paulo ou Osasco, fixando-se a competência pelo lugar da distribuição do primeiro inquérito.

6. (OAB/SP – 131°) A competência originária para julgar o governador de estado é:
   (A) Do Juiz de Direito de primeira instância.
   (B) Do Tribunal de Justiça.
   (C) Do Superior Tribunal de Justiça.
   (D) Do Supremo Tribunal Federal

7. (OAB/PR – 2006) Sobre a competência em matéria processual penal, assinale a alternativa correta:
   (A) Se a infração penal for cometida na divisa de duas ou mais comarcas, a competência será fixada pelo local onde nitidamente se praticou o último ato da execução.
   (B) Admite-se, em matéria de competência, a suscitação de conflitos, mas apenas positivos, isto é, quando 2 (dois) ou mais juízos se declaram competentes para o acertamento do caso penal
   (C) A conexão ou continência entre um crime de competência da Justiça Militar e outro de competência da Justiça Comum determina a unidade de processo e julgamento.
   (D) Por determinação constitucional, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis, em qualquer caso, será de competência da Justiça Comum.

8. (OAB/MG – 2007) Prefeito é acusado da prática do crime de homicídio. É correto afirmar:
   (A) Por ser crime doloso contra a vida, a competência é do Tribunal do Júri.
   (B) Será processado em vara criminal da Justiça Estadual.

(C) O crime é de competência da Justiça Eleitoral.
(D) O julgamento será realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado.

9. **(OAB/SP – 111°) Pedro comete crime de roubo qualificado com o resultado morte no Estado de São Paulo, bem próximo da divisa com o Estado do Rio de Janeiro. Será competente para processar e julgar a ação penal que for deflagrada:**
(A) A Justiça Estadual Paulista.
(B) A Justiça Estadual Carioca.
(C) A Justiça Federal.
(D) O Tribunal do Júri do Estado de São Paulo.

10. **(OAB/SP – 123°) Se o Prefeito Municipal de cidade do interior do Estado de São Paulo comete crime consistente na apropriação de verbas previdenciárias descontadas de seus funcionários, será julgado pelo:**
(A) Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.
(B) Tribunal de Justiça de São Paulo.
(C) Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
(D) Juiz estadual da comarca em que o crime foi praticado.

11. **(OAB/MG – 2007) Pedro foi denunciado por ter praticado, em tese, a contravenção de vias de fato contra Policial Federal. É correto afirmar:**
(A) A competência será do Juizado Especial Federal.
(B) A competência será do Juizado Especial Estadual.
(C) A competência será do juiz de direito estadual servindo em vara criminal
(D) A competência será do Tribunal de Justiça.

12. (CESPE – 2007.2) A competência jurisdicional não é determinada em função:
(A) Do lugar da infração.
(B) Do domicílio ou residência da vítima
(C) Da prevenção.
(D) Da distribuição

Gabarito

1. B
2. D
3. B
4. B
5. A
6. C
7. D
8. D
9. A
10. C
11. B
12. B

8

Questões e Processos Incidentes

O Código de Processo Penal trata, no Título VI do Livro I, de questões incidentais, isto é, que aparecem no decorrer do processo principal e que interferem, ou podem interferir, no julgamento do mérito.

Tais questões dividem-se em:

1. *Questões prejudiciais;*
2. *Processos incidentes*, que, por sua vez, também se subdividem em:
   a) *exceções;*
   b) *incompatibilidades e impedimentos;*
   c) *conflito de jurisdição;*
   d) *restituição de coisa apreendida;*
   e) *medidas assecuratórias;*
   f) *incidente de falsidade;*
   g) *incidente de insanidade mental do acusado.*

8.1 Questões prejudiciais (arts. 92 a 94 do CPP)

São as que dizem respeito a um elemento que compõe o crime e fazem que a decisão da causa principal fique a elas vinculada. A prejudicial necessariamente está inserida no raciocínio que será resolvido na questão prejudicada.

As *espécies* de questões prejudiciais são:

1) **Homogêneas:** quando pertencem ao mesmo ramo do direito da questão principal. Exemplo: reconhecimento da falsidade de um documento (Juízo penal) para a caracterização do crime de uso de documento falso (Juízo penal);
2) **Heterogêneas:** quando pertencem a outro ramo do direito que não o da questão principal. Exemplo: verificação a respeito da validade do casamento (Juízo cível), para caracterização do crime de bigamia (Juízo penal).

A *questão heterogênea*, por sua vez, divide-se em:

a. **obrigatória:** como o próprio nome diz, obriga, torna necessária a suspensão do processo, isto é, o juiz penal não pode julgar a causa sem antes ter uma definição acerca da questão discutida em outro Juízo. Nos termos do art. 92 do Código de Processo Penal, isso vai acontecer quando houver controvérsia séria e fundada a respeito do estado civil das pessoas, como na já mencionada discussão a respeito da validade do casamento para julgamento do crime de bigamia no Juízo penal.
   Neste caso, o juiz pode produzir as provas consideradas urgentes, e o Ministério Público, se a ação penal for pública, quando necessário, ingressará com a ação civil ou nela intervirá (art. 92, parágrafo único, do CPP). A decisão da esfera cível sobre o estado civil das pessoas vincula a decisão na esfera penal.
b. **facultativa:** nela o juiz penal não está obrigado a aguardar a decisão do Juízo cível, ficando a seu critério julgar ou não a ação penal, devendo observar, contudo, as seguintes regras:
   1) que a questão não verse sobre estado civil das pessoas (pois aí seria obrigatória);
   2) que a controvérsia seja de difícil solução;
   3) que a questão não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite;
   4) que já exista processo em curso no juízo cível.

Exemplo: discussão a respeito de posse ou propriedade no Juízo cível, para julgamento do crime de apropriação indébita no Juízo penal.

Nesta hipótese, o juiz deve fixar prazo para a suspensão, que poderá ser prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Esgotado tal prazo, se o juiz do cível não tiver proferido decisão, o juiz criminal retomará a ação penal, podendo julgá-la. Assim, a decisão do Juízo cível só vincula a do Juízo penal se for proferida no curso da suspensão. O Ministério Público, se for caso de ação penal pública, deverá intervir na ação civil, para promover-lhe o rápido andamento (art. 93 do CPP).

A suspensão do processo criminal suspende também a prescrição (art. 116, I, do CP), ficando autorizado o juiz a produzir as provas consideradas urgentes (ouvir testemunha gravemente doente, por exemplo). Em todas as hipóteses, o juiz poderá decretar a suspensão de ofício ou a requerimento das partes (art. 94 do CPP). Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso, sustentando alguns que é possível a interposição de correição parcial, fundada no tumulto no processo; do despacho que conceder caberá recurso em sentido estrito.

8.2 Processos incidentes

São aqueles que surgem ao longo do processo principal, repercutindo na sua solução, devendo seu julgamento ocorrer antes daquele. Lembra Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 295) que melhor teria sido se o legislador empregasse a expressão *procedimentos incidentes*, "pois o processo continua o mesmo, propiciando-se, apenas, o surgimento de procedimentos novos e secundários, voltados a resolver matérias igualmente secundárias".

Os processos incidentes disciplinados no Código de Processo Penal são os seguintes:

8.2.1 Exceções

Exceção é o "meio de defesa indireto com o objetivo de extinguir ou dilatar simplesmente seu exercício" (MIRABETE, 2006, p. 200). Denominam-se *peremptórias* aquelas que objetivam a extinção do processo, pela resolução de sua questão, e *dilatórias* aquelas que objetivam apenas prorrogar o curso do processo.

Das exceções previstas no Código de Processo Penal, são *dilatórias* as de suspeição, incompetência e ilegitimidade de parte. São *peremptórias* as de coisa julgada e litispendência.

8.2.1.1 Exceção de suspeição (arts. 96 a 107 do CPP)

É aquela destinada a afastar juiz suspeito, considerado parcial. É ela pessoal, ligada ao próprio juiz e não ao Juízo. Os casos de suspeição estão no art. 254 do Código de Processo Penal e serão estudados mais adiante.

A exceção de suspeição, se não decorrer de causa superveniente, deve preceder a todas as outras, já que se trata de discutir a parcialidade do julgador (art. 96 do CPP). Quanto ao procedimento, há duas hipóteses: pode o juiz *reconhecer de ofício* a suspeição, independentemente de qualquer provocação. Neste caso, deve ele fundamentadamente declarar os motivos e remeter os autos ao seu substituto, intimando-se as partes.

Se o juiz não reconhecer de ofício, a parte pode argüi-la por petição, na qual constarão as razões do pedido, acompanhadas de prova documental e/ou do rol de testemunhas, se houver. O autor recebe o nome de *excipiente* e o juiz, de *excepto*.

Caso o juiz acolha o pedido, suspenderá o trâmite do processo, remetendo-o ao substituto legal. Se não o acolher, determinará a autuação em apartado, apresentará resposta escrita em três dias, juntando os documentos e arrolando testemunhas e remetendo-os, em 24 horas, ao Tribunal de Justiça.

Se o Tribunal entender ser relevante a argüição, citará as partes, designando dia e hora para a inquirição das testemunhas, e

julgará depois, independentemente do oferecimento de alegações finais. Acolhendo a argüição, remeterá ao substituto legal e declarará nulos todos os atos praticados pelo juiz suspeito. O Tribunal poderá rejeitar liminarmente o pedido se verificar tratar-se de pedido manifestamente improcedente.

As partes poderão ainda argüir suspeição de membros do Ministério Público, de peritos, intérpretes e funcionários da Justiça, além dos jurados, devendo esta ser argüida oralmente e decidida de plano pelo juiz presidente do Júri. Não se pode opor exceção de suspeição a delegado de polícia, muito embora ele deva declarar-se suspeito, se for o caso. Se não o fizer, na hipótese, caberá recurso para o seu superior.

As decisões, acolhendo ou não a exceção, *não comportam recurso*, uma vez que, se acolhida, não há sentido fazer o julgador voltar atrás, já que se considera suspeito. Se não acolhida, a própria exceção será enviada ao Tribunal, o que dispensa o recurso.

Igual procedimento dar-se-á na hipótese de incompatibilidade ou impedimento do juiz, órgão do Ministério Público, serventuários da Justiça, peritos ou intérpretes (art. 112 do CPP).

8.2.1.2 Exceção de incompetência do juízo (arts. 108 e 109 do CPP)

A exceção de incompetência é aquela destinada a corrigir a competência do Juízo, fixada erroneamente. Ela também, como a anterior, pode ser *declarada de ofício* pelo juiz, quando verificar que as regras de competência não foram observadas.

Se não for declarada espontaneamente pelo juiz, a parte (réu, querelado ou Ministério Público, como fiscal da lei) pode provocar, por meio da exceção, oposta no prazo da *defesa prévia*. Caso não seja apresentada nesse prazo, ocorrerá a *prorrogação de competência* por preclusão do direito, já que se trata de incompetência relativa. Entenda-se, aqui, a competência territorial, pois, em razão da matéria e em razão da função, não haverá convalidação, podendo ser argüida a qualquer tempo (incompetência absoluta).

Se for julgada procedente a exceção, os autos serão encaminhados para o juiz competente, quando serão aproveitados os atos instrutórios e anulados os decisórios. Se não for acolhida a exceção, o juiz prosseguirá no processo.

O recurso cabível é o recurso em sentido estrito. Se a exceção for declarada de ofício, o fundamento será o art. 581, II, do Código de Processo Penal. Se julgado procedente o pedido formulado, o fundamento será o art. 581, III, do mesmo Código. Da rejeição da exceção não caberá recurso, podendo, entretanto, ser a decisão atacada por *habeas corpus*.

8.2.1.3 Exceção de ilegitimidade de parte (art. 110 do CPP)

Apesar de haver posicionamento contrário na doutrina, o entendimento prevalecente é o de que é cabível a exceção tanto em relação à ilegitimidade *ad causam* (titularidade do direito de ação) quanto em relação à ilegitimidade *ad processum* (capacidade processual). Exemplos: ação penal privada, proposta por ofendido menor de 18 anos (*ad processum*); ação penal que seria de iniciativa privada, proposta pelo Ministério Público (*ad causam*).

A exceção de ilegitimidade de parte processa-se da mesma forma que a exceção de incompetência do Juízo (art. 110 do CPP), mas não há prazo fatal para a argüição, pois a nulidade *ad causam* acarreta nulidade absoluta e a *ad processum* pode ser corrigida a qualquer tempo. Por isso, o reconhecimento da ilegitimidade *ad causam* traz, como conseqüência, a anulação do processo, nos termos do art. 564, II, do Código de Processo Penal. Reconhecida a ilegitimidade *ad processum*, os atos praticados poderão ser ratificados, sem maiores prejuízos.

O recurso cabível da decisão que julga procedente a exceção é o recurso em sentido estrito (art. 581, III, do CPP). A decisão que rejeita a exceção só pode ser atacada por *habeas corpus*.

8.2.1.4 Exceção de litispendência e de coisa julgada (art. 110 do CPP)

Ocorre a litispendência quando há identidade entre ações. Diz-se que há identidade entre ações quando são idênticos o pedido, a

causa de pedir e as partes. A exceção de litispendência terá lugar quando se verificar que estão *em curso* duas ações idênticas. Já a *de coisa julgada* apresentará identidade entre uma ação em curso e *outra que já foi decidida definitivamente*.

Como ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, em decorrência do princípio do *non bis in idem*, tais exceções apresentam caráter peremptório. Por esse motivo, não há necessidade de sua argüição no prazo da defesa prévia.

O processamento das duas exceções segue o procedimento da exceção de incompetência do Juízo. O recurso cabível da decisão que acolhe o pedido é o recurso em sentido estrito (art. 581, III, do CPP). No caso de a litispendência ou a coisa julgada serem reconhecidas de ofício pelo juiz, o recurso cabível é a apelação, com fulcro no artigo 593, II, do CPP. Da rejeição caberá *habeas corpus*.

8.2.2 Conflito de jurisdição (arts. 113 a 117 do CPP)

Tem-se o chamado conflito de jurisdição quando dois ou mais juízes consideram-se competentes – *conflito positivo* – ou incompetentes – *conflito negativo* – para julgar uma causa, ou, ainda, quando há controvérsia sobre unidade de Juízo, união ou separação de processos.

O conflito pode ser argüido pelos próprios juízes ou tribunais (por representação), pela parte interessada ou pelo Ministério Público (em ambos os casos, via requerimento).

Tratando-se de conflito negativo, será levantado nos próprios autos do processo. Na hipótese de conflito positivo, deverão ser formados autos próprios. Neste caso, o relator poderá ordenar a suspensão do processo. Ele requisitará ainda informações aos juízes conflitantes, ouvirá o procurador-geral de justiça e colocará em julgamento na primeira sessão, caso não exista a necessidade de realização de diligências. Após o julgamento, enviará cópias da decisão aos magistrados, para a devida execução.

8.2.3 Restituição de coisas apreendidas (arts. 118 a 124 do CPP)

As coisas que forem apreendidas em decorrência da infração penal cometida deverão permanecer vinculadas ao processo até o trânsito em julgado ou enquanto a ele interessarem (art. 118 do CPP).

Não serão restituídos, salvo se pertencerem ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, *os instrumentos do crime, se seu fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua ato ilícito*, e *o produto do crime, ou qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do crime* (art. 91, II, do CP).

Se não existir dúvida sobre o direito do requerente, o delegado de polícia ou o juiz de direito podem devolver a coisa, mediante termo nos autos. Caso não seja manifesto o direito, o pedido será autuado em apartado, tendo o requerente o prazo de cinco dias para produzir prova. Se a coisa foi encontrada em poder de terceiro de boa-fé, este também terá igual prazo para a prova. Ambos terão dois dias para arrazoar e, em seguida, o juiz ouvirá o Ministério Público.

Restando provado o direito do requerente, será deferida a restituição. Havendo controvérsia, o juiz indeferirá o pedido e encaminhará o litígio para o Juízo cível, ordenando o depósito da coisa em mãos de depositário ou do próprio terceiro, se pessoa idônea.

Em relação às coisas facilmente deterioráveis, pode o juiz determinar a venda em leilão, depositando-se o dinheiro arrecadado ou depositar junto ao terceiro, se for pessoa idônea, que assinará termo de responsabilidade.

Os bens apreendidos no processo serão:

a. leiloados após o trânsito em julgado, revertendo-se o valor à União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, *se foram adquiridos com o proveito da infração penal* (art. 121 do CPP);

b. leiloados ou recolhidos a museu criminal, havendo interesse, *em se tratando de coisas confiscáveis*, decorrido o prazo de 90 dias após o trânsito em julgado (arts. 122 e 124 do CPP);

c. leiloados e o dinheiro será depositado à disposição do Juízo de ausentes se, não se cuidando de coisas confiscáveis, não forem reclamadas no período de até 90 dias após o trânsito em julgado ou não pertencerem ao réu (art. 123 do CPP).

O recurso cabível é a apelação.

8.2.4 Medidas assecuratórias (arts. 125 a 144 do CPP)

São medidas cautelares, previstas pelo Código, que têm por objetivo assegurar a reparação do dano causado pelo crime à vítima. Consistem tais medidas em verdadeiro instrumento, pouco utilizado, diga-se de passagem, não só para garantir que a vítima seja indenizada, como também para coibir o enriquecimento ilícito do criminoso. São três as medidas assecuratórias previstas em nosso Código de Processo Penal: o *seqüestro*, a *hipoteca legal* e o *arresto*.

8.2.4.1 Seqüestro (arts. 125 a 133 do CPP)

Incidirá o seqüestro sobre bens móveis e imóveis, desde que haja fundada suspeita de terem eles sido adquiridos com o produto do crime, mesmo que já tenham sido transferidos a terceiro. Pode ser decretado de ofício pelo juiz, por requerimento do ofendido ou do Ministério Público, ou ainda por representação da autoridade policial, na fase de inquérito ou durante a ação penal.

Decretado o seqüestro de imóvel, será inscrito no Registro de Imóveis, para gerar seus efeitos em relação a terceiros. Desta decisão caberá apelação. Poderão, no entanto, opor *embargos* ao pedido de seqüestro, desde que amparados nos fundamentos legais:

a. o indiciado ou acusado, sob o fundamento de os bens não terem sido adquiridos com os proventos da infração;
b. o terceiro, a quem os bens houverem sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé.

Os embargos só serão julgados, porém, após o trânsito em julgado da sentença.

Ocorrerá o *levantamento* do seqüestro se:

a. a ação penal não for proposta dentro de 60 dias após o aperfeiçoamento da medida;
b. se o terceiro de boa-fé prestar caução que garanta o valor que constitua provento do crime;
c. se for julgada extinta a punibilidade do agente ou se for ele absolvido por sentença transitada em julgado.

Transitada em julgado a sentença condenatória, os bens serão avaliados e leiloados, de ofício pelo juiz ou a requerimento dos interessados, recolhendo-se ao Tesouro Nacional o que não couber aos lesados.

8.2.4.2 Hipoteca legal (arts. 133 a 136)

Medida que recai sobre bens imóveis do autor do crime, visando assegurar valor para a reparação do dano causado à vítima e eventual pagamento de multa e despesas processuais. Os bens em questão são os obtidos *licitamente*, pois os adquiridos de forma ilícita, como visto, estão sujeitos ao seqüestro.

Para que a hipoteca legal seja adotada, é preciso que haja certeza da existência do crime e indícios suficientes de autoria, podendo esta medida incidir em qualquer fase do processo. A legitimidade para requerer a hipoteca é do ofendido, de seus herdeiros ou do Ministério Público, caso aqueles sejam pobres ou houver interesse da Fazenda Pública.

O requerimento deverá conter indicação dos bens que serão hipotecados, devendo ainda ser instruído com as provas em que se funda a estimativa da responsabilidade do agente e a relação dos imóveis que possuir, bem como da prova do domínio desses imóveis. Autuado o pedido em apartado, o juiz arbitrará o valor da responsabilidade e determinará a avaliação dos imóveis, o que será feito por perito onde não houver avaliador judicial. Ouvidas as partes no prazo de dois dias, o juiz decidirá, podendo corrigir o arbitramento da responsabilidade se entender inviável o valor.

Acolhido o pedido, o juiz determinará a inscrição da hipoteca dos imóveis no valor necessário para garantir a responsabilidade. Se o réu oferecer caução, o juiz poderá deixar de adotar a medida. Na hipótese de sentença absolutória ou declaratória da extinção da punibilidade, a hipoteca será cancelada. Caso a decisão seja condenatória, os autos serão remetidos ao Juízo cível para execução, após trânsito em julgado, onde poderá, inclusive, haver nova discussão sobre o arbitramento da responsabilidade se as partes não concordarem com o realizado anteriormente. A decisão que defere ou indefere o pedido é atacada por apelação.

É possível, ainda, o *arresto preventivo* dos imóveis, caso haja suspeita de que eles serão transferidos para não se sujeitar à reparação, por exemplo. Neste caso, decretado pelo juiz, tem o interessado 15 dias para promover a inscrição da hipoteca legal, sob pena de revogação da medida (art. 136 do CPP).

8.2.4.3 Arresto (arts. 137 a 139)

Trata-se de medida semelhante à hipoteca legal, recaindo, contudo, sobre bens móveis do agente, que não sejam e nem tenham sido obtidos com o produto do crime. Havia, neste ponto, impropriedade técnica do legislador quanto à nomenclatura da medida, uma vez que se referia a ela como "seqüestro". Tal impropriedade, contudo, foi sanada pela Lei n. 11.435/2006, que deu nova redação aos artigos correspondentes.

Podem ser objeto de arresto os bens penhoráveis. Para a adoção da medida, são necessários a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. O arresto, como a hipoteca, pode ser requerido pelo ofendido, por seus herdeiros ou pelo Ministério Público, quando aqueles forem pobres ou houver interesse da Fazenda Pública.

Se os bens forem fungíveis e facilmente deterioráveis, serão avaliados e leiloados, depositando-se o dinheiro arrecadado. Das rendas dos bens móveis, poderão ser destacados recursos destinados à manutenção do indiciado e de sua família. O depósito e

a eventual administração dos bens arrestados seguirão o regime estabelecido pelo processo civil. Sobrevindo sentença condenatória, os autos serão encaminhados ao Juízo cível para execução. Em caso de absolvição ou extinção da punibilidade, o arresto será levantado e os bens devolvidos ao acusado.

A decisão relativa ao arresto também será atacada por apelação.

Para sintetizar, na tentativa de tornar clara a visualização dos institutos que, em conjunto, formam as medidas assecuratórias, pode-se dizer que:

a. o *seqüestro* é a medida que recai sobre bens móveis ou imóveis do acusado, adquiridos com os proventos da infração, ou seja, de origem ilícita;
b. a *hipoteca legal*, por seu turno, recai sobre bens imóveis do acusado, adquiridos licitamente;
c. o *arresto* recai sobre bens móveis do acusado, também adquiridos licitamente.

8.2.5 Incidente de falsidade (arts. 145 a 148 do CPP)

É instaurado o procedimento incidental de falsidade quando houver suspeita acerca da idoneidade de um documento juntado aos autos. Pode ser requerido por escrito pelo réu, pela vítima, pelo Ministério Público ou ainda decretado de ofício pelo juiz.

Instaurado o incidente, que deverá ser autuado em apartado, a parte contrária deverá oferecer sua resposta em 48 horas. Depois, será aberto prazo de três dias para cada parte, sucessivamente, produzir prova. Realizadas eventuais diligências, seguirá a decisão. Reconhecida a falsidade, os documentos serão desentranhados e remetidos ao Ministério Público para apuração de eventual crime de falsidade. Tal decisão não vincula outra que venha a ser adotada tanto no Juízo Criminal, quanto no cível.

Da decisão que julgar procedente ou improcedente o incidente de falsidade, caberá recurso em sentido estrito (art. 581, XVIII, do CPP).

8.2.6 Incidente de insanidade mental do acusado (arts. 149 a 154 do CPP)

Processo incidental destinado a apurar a sanidade mental do acusado, por meio de perícia, quando houver dúvida a respeito de sua integridade mental, proveniente de elementos dos autos. O incidente pode ser instaurado em qualquer fase do processo ou do inquérito, de ofício pelo juiz ou por requerimento do Ministério Público, do defensor, do ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do acusado, ou ainda por representação da autoridade policial.

Instaurado o incidente, será nomeado curador ao acusado, intimando-se as partes para oferecimento de quesitos a serem respondidos pelos peritos. A ação penal ficará suspensa pelo período da realização da perícia, garantida a produção de provas consideradas urgentes. Se o acusado estiver preso, será internado em hospital de custódia e tratamento. O exame será realizado no prazo de 45 dias, podendo ser prorrogado pelo juiz se os peritos demonstrarem a necessidade. Juntado o laudo, será aberta vista às partes para dele tomarem ciência. Sua apreciação, porém, só será feita por ocasião da sentença.

Se os peritos concluírem pela inimputabilidade ou pela semi-imputabilidade do acusado à época dos fatos, o curador prosseguirá acompanhando os atos processuais. Caso a doença mental tenha acometido o acusado após a infração, o processo ficará suspenso até seu restabelecimento. Neste caso, o juiz poderá ordenar a internação do acusado em hospital de custódia e tratamento. O juiz não está vinculado ao resultado do exame, podendo determinar nova perícia ou até mesmo repudiá-la, desde que o faça fundamentadamente.

Da decisão que determina ou rejeita a realização do exame não caberá recurso. Sustenta-se na doutrina, porém, o cabimento de *correição parcial* ou de *habeas corpus*.

QUESTÕES E PROCESSOS INCIDENTES

Questões prejudiciais:	homogêneas		
	heterogêneas:	obrigatórias	
		facultativas	
Processos incidentes:	exceções:	suspeição	
		incompetência	
		ilegitimidade de parte	
		litispendência	
		coisa julgada	
	incompatibilidades e impedimentos		
	conflito de jurisdição		
	restituição de coisa apreendida		
	medidas assecuratórias:	seqüestro	
		hipoteca legal	
		arresto	
	incidente de falsidade		
	incidente de insanidade mental do acusado		

Questões

1. (OAB/SP – 109) Se houver dúvida acerca da integridade mental do acusado, o juiz determinará exame:
   (A) De insanidade mental
   (B) Incidental de dependência psíquica.
   (C) De corpo de delito
   (D) De verificação físico-psíquica.

2. (OAB/SP – 114) "Havendo dúvida sobre a integridade mental do acusado, o Juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, do descendente, do irmão ou do cônjuge do acusado, seja aquele submetido a exame médico-legal." Qual o rito específico?

(A) O incidente da insanidade mental processar-se-á em autos apartados, que só depois da apresentação do laudo serão apensos ao processo principal.
(B) Tal incidente de insanidade mental realizar-se-á nos autos do processo principal, o qual ficará suspenso temporariamente.
(C) Tal medida processar-se-á tão-somente mediante presidência do Ministério Público, em autos separados.
(D) O incidente em referência processar-se-á antes de oferecida a denúncia do Ministério Público.

3. **(OAB/SP – 114) As questões prejudiciais absolutas:**
(A) Deverão ser decididas pelo juízo extrapenal antes do julgamento da questão prejudicada.
(B) Poderão ser decididas incidentalmente pelo juízo penal.
(C) Impedirão, até sua solução, a oitiva das testemunhas e de qualquer outra prova.
(D) Impedirão, até sua solução, apenas a oitiva das testemunhas, sendo que o juiz penal poderá realizar as provas de natureza urgente.

4. **(OAB/SP – 115) Da decisão judicial que rejeita exceção de incompetência do juízo:**
(A) Caberá recurso em sentido estrito.
(B) Caberá agravo.
(C) Caberá carta testemunhável.
(D) Não caberá recurso.

5. **(OAB/SP – 118) Carlos está sendo interrogado pelo juiz de direito acerca de possível receptação de carros furtados e não responde corretamente às perguntas formuladas pelo magistrado, demonstrando perturbação das idéias. Qual providência deve o juiz adotar?**
(A) O juiz deverá anotar as respostas do réu em termo circunstanciado, decretando a suspensão do processo, em virtude da insanidade mental do acusado.
(B) Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará a realização de exame médico-legal.

(C) Em se verificando que o réu é portador de doença mental, não podendo responder sobre as perguntas formuladas pelo magistrado, deve este nomear curador ao réu, sem necessidade de perícia médica.
(D) Havendo dúvida acerca da insanidade mental do acusado, o juiz aguardará pedido do Ministério Público para nomeação de advogado público ao réu, o qual tomará as providências para dirimir tal situação.

6. **(OAB/SP – 119) Se, durante o trâmite da ação penal pública, houver dúvida em relação à sanidade mental do acusado, o incidente de insanidade mental poderá ser instaurado pelo juiz:**
(A) De ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado.
(B) Apenas a requerimento do defensor, do curador, descendente, irmão ou cônjuge do acusado.
(C) Só a requerimento do Ministério Público ou do defensor.
(D) Exclusivamente de ofício, quando o juiz entender que, para a formação de seu convencimento, o exame médico-legal é imprescindível.

7. **(OAB/SP – 121) Caso o indiciado adquira bens imóveis com os proventos da infração, estarão estes sujeitos a processo de:**
(A) Busca e apreensão.
(B) Sequestro.
(C) Arresto.
(D) Especialização de hipoteca legal.

8. **(OAB/SP – 128) Em relação ao incidente de insanidade mental, o Código de Processo Penal:**
(A) Condiciona a sua instauração a requerimento feito pelo Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.
(B) Admite a sua instauração ainda na fase de inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

(C) Prevê que o juiz nomeie curador ao acusado somente depois de os peritos concluírem pela sua inimputabilidade.
(D) Estipula que nenhum ato ou diligência seja praticado durante o período de suspensão do processo em virtude da instauração do incidente.

9. **(OAB/SP – 133) Com relação à exceção de suspeição:**
(A) Ela não precede a qualquer outra exceção.
(B) Não pode ser argüida contra membro do Ministério Público.
(C) Não pode ser argüida contra Presidente de Tribunal.
(D) Se julgada procedente, o juiz pagará as custas, nos casos de erro inescusável.

10. **(OAB/DF – 2005.3) Os seguintes fatos classificam-se como questão prejudicial, exceção e incidente, respectivamente:**
(A) Dúvida quanto à filiação em crime de abandono material, incompetência de juízo e insanidade mental.
(B) Negativa de paternidade em crime de abandono material, coisa julgada e incompetência de juízo.
(C) Negativa de paternidade em crime de abandono material, suspeição e litispendência
(D) Dúvida quanto à paternidade em abandono material, conflito de jurisdição e ilegitimidade da parte.

11. **(OAB/DF – 2006.3) No que diz respeito às exceções no processo penal, de acordo com a legislação processual penal e a doutrina pátria, assinale a alternativa correta:**
(A) A litispendência visa impedir que, pelo mesmo fato punível, o réu responda em duas ou mais ações penais, podendo ser apresentada por qualquer das partes, desde que demonstrado a determinado juízo que há causa idêntica em andamento, em outro foro, ainda que pendente de julgamento.
(B) Se, sendo ilegítima a parte, for instaurada a ação penal, pode ser argüida exceção de suspeição
(C) A argüição das exceções constitui incidente processual própria da defesa, não sendo possível que também o autor possa opô-la.
(D) São peremptórias as exceções de suspeição, incompetência e ilegitimidade da parte.

12. **(OAB/SC – 02.2005) Assinale a alternativa correta:**
(A) A argüição de falsidade, feita por procurador, não exige poderes especiais.
(B) Para a decretação do seqüestro, é necessária a comprovação plena da proveniência ilícita dos bens.
(C) O conflito de jurisdição poderá ser suscitado apenas pela parte interessada ou pelo Ministério Público.
(D) A argüição de exceção de suspeição, no processo criminal, precederá qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente.

Gabarito

1. A
2. A
3. A
4. D
5. B
6. A
7. B
8. D
9. D
10. A
11. A
12. D

9

Prova

Prova é todo elemento pelo qual se procura mostrar a existência e a veracidade de um fato. Sua finalidade, no processo, é influenciar no convencimento do julgador. Notadamente no processo penal, informado pelo princípio da verdade real, a prova tem importância na árdua tarefa de se reconstruírem os fatos tais quais se passaram na realidade.

Não se pode esquecer que, no Direito Processual Penal moderno, uma das garantias fundamentais da parte é a do *direito à prova*. Não se trata, apenas, de se cumprir uma obrigação legal de produzi-la com vistas ao já mencionado princípio da verdade real, mas de efetivamente garantir que a parte tenha liberdade para requerer a produção de prova, acompanhar a referida produção e ter a prova avaliada pelo julgador.

9.1 Objeto de prova

Objeto de prova no processo penal é "o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança. Refere-se, pois, aos fatos relevantes para a decisão da causa, devendo ser excluídos todos aqueles que não apresentam qualquer relação com o que é discutido e que, assim, nenhuma influência podem ter na solução do litígio" (MIRABETE, 2006, p. 250).

Nessa ótica, cumpre anotar que a doutrina aponta alguns fatos que independem de prova, isto é, não necessitam ser provados. São eles:

a. **fatos axiomáticos ou intuitivos:** são os fatos evidentes. Exemplo: em um desastre de avião, encontra-se o corpo de uma das vítimas completamente carbonizado. Desnecessário provar que estava morta;
b. **fatos notórios:** são os de conhecimento geral em determinado meio. Exemplo: não é necessário provar que o Brasil foi um Império;
c. **presunções legais:** verdades que a lei estabelece. Podem ser *absolutas (juris et de iure)*, que não admitem prova em contrário, ou *relativas (juris tantum)*, que admite prova em contrário. Exemplo: menor de 18 anos é inimputável.

Cumpre lembrar que o *fato incontroverso*, isto é, aquele alegado por uma parte e admitido pela outra, não dispensa a prova, pois, como já dito, em nosso Direito Processual Penal, vigora o princípio da verdade real e não o da verdade formal. Se o juiz não se convencer de que o fato incontroverso seja a reprodução do que aconteceu na realidade, pode determinar a produção de provas para se tentar chegar à verdade.

Não é preciso provar o Direito, pois, se seu conhecimento é presumido por todos, é muito mais forte a presunção em relação ao juiz, aplicador da Lei. No entanto, como exceção à regra, será necessário provar:

a. leis estaduais e municipais;
b. leis estrangeiras;
c. normas administrativas;
d. costumes.

9.2 Ônus da prova

É o encargo que as partes têm de provar os fatos que alegam. Nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, o ônus da prova incumbe a quem fizer a alegação.

Desse modo, a doutrina tradicional aponta que cabe à acusação provar a existência do fato criminoso e de causas que implicar aumento de pena, a autoria e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa). Ao réu, por sua vez, cabe provar excludentes de ilicitude, de culpabilidade e circunstâncias que diminuam a pena. Anote-se posição de Afrânio Silva Jardim (cf. 2002, p. 199-214), sustentando que, na ação penal condenatória, o ônus é todo da acusação, uma vez que o acusado não faz alegações, apenas se opõe à pretensão punitiva estatal.

Como já dito anteriormente, no processo penal o magistrado pode ordenar a produção de provas se entender que precisa esclarecer determinado ponto duvidoso. A nova redação da segunda parte do art. 156, conferida pela Lei n. 11.690/2008, faculta ao juiz, de ofício:

"I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante".

Inovou o legislador ao permitir ao juiz a determinação de provas antes da ação ter início, mas é preciso levar em conta que tal permissão não é absoluta, está regrada pelas restrições impostas pelo próprio dispositivo.

Por fim, importante esclarecer que vigora, no processo penal, o *princípio da comunhão das provas*, que estabelece que a prova produzida, uma vez encartada aos autos, passa a pertencer ao processo e não exclusivamente à parte que a produziu. Se, por exemplo, a defesa arrolar testemunha em favor do réu e esta testemunha vier a prestar depoimento prejudicial ao acusado, a acusação poderá

utilizar tal depoimento como um dos elementos de prova a sustentar eventual pedido condenatório.

9.3 Sistemas de apreciação da prova

Os diversos ordenamentos jurídicos criaram, ao longo dos tempos, meios de orientar o julgador na avaliação da prova, organizando-os em sistemas. Dentre eles, podemos destacar como mais relevantes os seguintes:

a. **Prova legal ou tarifado.** Neste sistema, a lei confere, a cada meio de prova, um determinado valor, estando o juiz, na sua apreciação, vinculado a esse valor. Uma confissão, por exemplo, pode ter mais peso do que uma prova testemunhal, assim como uma prova pericial pode ter mais valor do que a prova testemunhal, e assim por diante. Não é o sistema adotado pelo nosso Direito, muito embora apareça entre nós a título de exceção, na regra contida no art. 158 do Código de Processo Penal, que dispõe que, nas infrações que deixam vestígios, o exame de corpo de delito é indispensável, não podendo nem mesmo ser suprido pela confissão do acusado.
b. **Convicção íntima do juiz ou certeza moral.** Este sistema confere liberdade total ao julgador para apreciar a prova com um elemento muito importante: o magistrado não está nem mesmo obrigado a fundamentar sua decisão, ou seja, não é necessário que o juiz aponte quais critérios o levaram a decidir daquela forma. Também aparece em nosso Direito apenas como uma única exceção: no julgamento pelo Tribunal do Júri, onde os jurados são livres para tomar sua decisão, sendo, inclusive, impedidos de manifestar sua motivação, sob pena de invalidar o julgamento.
c. **Livre convencimento motivado do juiz ou persuasão racional.** É o sistema onde o juiz é livre para apreciar a prova produzida

em contraditório judicial, isto é, ela não tem um valor predeterminado, porém sua decisão deve ser sempre fundamentada. Desse modo, o julgador deve exteriorizar os motivos que o conduziram a levar em conta esta ou aquela prova e tê-las como a expressão da verdade. É o sistema adotado pelo nosso Direito, conforme art. 155 do Código de Processo Penal, conjugado com o art. 93, IX, da Constituição da República. Ressalte-se que, com a alteração promovida pela Lei n. 11.690/2008, o juiz não poderá fundamentar sua decisão com base na prova colhida *exclusivamente* na fase de investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

9.4 Prova emprestada

Discute-se, no Direito Processual Penal, a possibilidade de se aproveitar, em um processo criminal, a prova oriunda de outro processo, o que se denomina *prova emprestada*. A maior parte da doutrina aponta para a necessidade de essa prova, quando encartada nos autos, passar pelo crivo do contraditório, sob pena de perder sua validade. Aponta-se ainda que ela não deve ser admitida em processo cujas partes não tenham figurado no processo do qual ela é oriunda. Por exemplo: Temístocles é processado perante o Juízo Criminal. Cleóbulo, ex-colega de trabalho, em ação trabalhista, depõe, mencionando fatos desfavoráveis a Temístocles. Para boa parte da doutrina, como mencionado, o depoimento não pode servir de prova no processo de Temístocles, pois ele não é parte do processo trabalhista onde ela foi originalmente produzida, o que fere o contraditório.

9.5 Liberdade de prova

No processo penal, somente no que diz respeito ao estado de pessoa é que se observará a restrição à prova, imposta pela lei civil

(art. 155, parágrafo único, do CPP); isso quer dizer que um casamento se prova, também na esfera penal, pela certidão de casamento extraída dos assentos do Registro Civil das Pessoas Naturais.

No mais, o processo penal brasileiro admite todo e qualquer meio de prova, ainda que não expressamente previsto em nosso Código. Porém, como nenhuma regra é absoluta, excepcionalmente, algumas provas são proibidas, em razão do modo em que foram obtidas, isto é, mediante violação de preceitos jurídicos. A doutrina costuma denominar, então, como **prova proibida**, o gênero do qual extraímos duas espécies: a *prova ilegítima* e a *prova ilícita*.

A *prova ilegítima* é aquela obtida com violação de regras de ordem processual. Qualquer prova que, na sua obtenção, desconsidere as normas processuais deve ser considerada ilegítima, não podendo ser admitida no processo. Exemplo: utilização de prova nova no plenário do júri, sem ter sido juntada aos autos com antecedência mínima de três dias, violando a regra contida no art. 479 do Código de Processo Penal.

Já a *prova ilícita* é aquela obtida com violação a regras de direito material ou normas constitucionais. Notadamente, as garantias da pessoa, elencadas na Constituição da República, se violadas, gerarão prova ilícita, conforme preceitua o art. 5º, LVI, da própria Constituição. Exemplos: provas obtidas com violação do domicílio, mediante tortura, por meio de interceptação ilegal de comunicação.

Com o advento da Lei n. 11.690/2008, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal, consagrou-se entendimento majoritário já existente, no sentido de que pode haver a *prova ilícita por derivação*, ou seja, aquela que é lícita se tida isoladamente, mas que por se originar de uma prova ilícita, contamina-se também de ilicitude, conforme estabelece o art. 157, § 1º, do CPP. É a aplicação da teoria *"fruits of poisonous tree"*, do Direito norte-americano, ou, "frutos da árvore envenenada", cuja imagem traduz com bastante propriedade a idéia da prova ilícita: se a árvore é envenenada, seus frutos serão contaminados. Este também tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Exemplo: policiais, através de interceptação telefônica ilegal,

descobrem local de entrega de carregamento de drogas. Vão até lá e prendem um dos agentes, que confessa espontaneamente a participação no delito. Segundo o dispositivo, a confissão espontânea – que isoladamente seria lícita – é ilícita por derivação.

Frise-se que o Código admite a prova derivada se não evidenciado o nexo de causalidade entre ela e a tida como ilícita, bem como se ela puder ser obtida por fonte independente da ilícita (art. 157, § 1º, do CPP). Nos termos do Código, considera-se fonte independente aquela que por si só, segundos os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou da instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova (art. 157, § 2º, do CPP).

A prova reconhecida como ilícita deve ser desentranhada dos autos. Preclusa a decisão que determinou sua retirada, será ela inutilizada por decisão judicial, sendo facultado às partes acompanhar o incidente (art. 157, § 3º, do CPP).

Boa parte da doutrina admite a prova ilícita se for o único meio de provar a inocência do acusado no processo, pois estar-se-ia privilegiando bem maior do que o protegido pela norma, qual seja, a liberdade de um inocente. O instrumento que tem sido utilizado para essa solução é o *princípio da proporcionalidade*, oriundo do Direito alemão, que busca estabelecer o equilíbrio entre garantias em conflito por meio da verificação de como um deles pode ser limitado no caso concreto, tendo em vista, basicamente, a menor lesividade.

Como explica Antonio Scarance Fernandes (2007, p. 95), "(...) é ampla a aceitação de sua aplicação aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida com violação a uma garantia constitucional. Não se conseguiria justificar a condenação, até mesmo a pena elevada, de uma pessoa quando há nos autos prova de sua inocência, ainda que tenha sido obtida por meios ilícitos".

Ainda no tema prova ilícita, necessária se faz menção à Lei n. 9.296/1996, que regulamenta a interceptação telefônica. Basicamente, ela dispõe que o juiz pode autorizar a interceptação de ligação telefônica de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, unicamente para a prova em investigação criminal e em instrução processual penal, desde que:

a. se trate de crime apenado com reclusão;
b. não haja meios de se produzir a mesma prova;
c. haja indícios razoáveis de participação em infração penal.

A interceptação sem autorização judicial é prova ilícita, além de constituir crime, nos termos da referida Lei (art. 10). Isso não se confunde com a escuta telefônica de terceiro com autorização de um dos interlocutores, nem com a gravação clandestina de um dos interlocutores, sem o conhecimento de outro. Há decisões do Supremo Tribunal Federal afirmando a licitude de tais provas.

9.6 Meios de prova

Meio de prova é aquilo que pode ser utilizado para demonstrar a existência e a veracidade de um fato. O Código de Processo Penal enumera diversos meios de prova, eleitos porque suas particularidades e formalidades devem ser disciplinadas pela lei processual. O rol, portanto, não é taxativo, uma vez que outras modalidades de prova também são admissíveis, como a fotografia, por exemplo, sempre tendo em vista a busca da verdade real. Vejamos, então, os meios de provas tratados pelo Código.

9.6.1 Perícia (arts. 158 a 184 do CPP)

É o exame realizado por profissional com conhecimentos técnicos, a fim de auxiliar o julgador na formação de sua convicção. O *laudo pericial* é o documento elaborado pelos peritos, resultante do que foi examinado na perícia.

A perícia pode ser realizada na fase de inquérito policial ou do processo, a qualquer dia e horário (art. 161 do CPP), observando

os peritos o prazo de dez dias para a elaboração do laudo, prorrogável em casos excepcionais (art. 160, parágrafo único, do CPP). A autoridade que determinar a perícia e as partes poderão oferecer quesitos até o ato.

Deve ser realizada a perícia por *perito oficial*, portador de diploma de curso superior. Não persiste a exigência legal de dois peritos, prevista anteriormente, em razão da modificação operada pela Lei n. 11.690/2008. Poderão ser designados dois peritos, contudo, se a perícia for complexa, abrangendo mais de uma área de conhecimento especializado, nos termos do art. 159, § 7º, do CPP. Nota-se que tal designação é *excepcional*; a regra é a realização do exame por apenas um perito.

Se não houver perito oficial, será elaborada a perícia por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior e, de preferência, com habilitação na área em que for realizado o exame (art. 159, § 1º, do CPP), as quais deverão prestar compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo (art. 159, § 2º, do CPP).

Deve-se mencionar, neste ponto, a grande inovação trazida pela já referida Lei n. 11.690/2008: a faculdade conferida ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado de indicar *assistente técnico*, bem como oferecer quesitos (art. 159, § 4º, do CPP). Este deve ser admitido pelo juiz e atuará após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelo perito oficial, sendo as partes intimadas desta decisão (art. 159, § 4º, do CPP).

Prevê ainda o Código, quanto às perícias, que as partes podem, durante o curso do processo judicial, conforme art. 159, § 5º, do CPP:

"I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência".

Se houver requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação (art. 159, § 6º, do CPP).

Em caso de divergência entre dois peritos, o juiz nomeará um terceiro. Se este divergir também de ambos, determinará a realização de nova perícia (art. 180 do CPP). Se houver omissão ou falha, o juiz poderá determinar a realização de exame complementar (art. 181 do CPP). Se for necessária a realização de perícia por carta precatória, quem nomeia os peritos é o Juízo deprecado. Se for crime de ação penal privada e houver acordo entre as partes, a nomeação pode ser feita pelo Juízo deprecante (art. 177 do CPP).

O juiz não está vinculado ao laudo elaborado pelos peritos, podendo julgar contrariamente às suas conclusões, desde que o faça fundamentadamente (art. 182 do CPP). Nosso Direito adotou, portanto, o *sistema liberatório* quanto à apreciação do laudo, em oposição ao sistema vinculatório, existente em outras legislações.

O Código dedica especial atenção ao **exame de corpo de delito**, pela sua relevância dentro do processo penal. Antes que se trate do exame propriamente dito, é necessário definir o que é *corpo de delito*. Podemos dizer que *corpo de delito* é o conjunto de vestígios deixados pelo crime. Alterações no mundo das coisas, derivadas do crime, são os "rastros" materiais. Exame de corpo de delito, por sua vez, é aquele realizado nos vestígios da infração.

O exame de corpo de delito, direto ou indireto, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, não podendo supri-lo nem mesmo a confissão do acusado, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal. É bem verdade que nem todas as infrações penais deixam vestígios (como o crime de injúria praticado por meio verbal, por exemplo), porém, naquelas que os deixam, também chamadas de delitos não transeuntes, o exame é peça indispensável, sob pena de não se provar a materialidade de referida infração.

Se não for possível o exame direto, isto é, no próprio corpo do delito, admite-se a realização pela via indireta, por meio de elementos periféricos, como a análise de ficha clínica de paciente que foi atendido em hospital.

Note-se que mesmo que haja confissão por parte do acusado, o exame se faz necessário. Tal regra, contudo, sofre relevante exceção. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, se não for possível a realização do exame, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta. Não deixa de ser uma forma indireta de comprovação da materialidade do delito. Para tal providência, porém, deve-se ter certa cautela na apreciação dos depoimentos, pois, como se sabe, a prova testemunhal pode não ser absolutamente segura diante da falibilidade humana. Ademais, só deve ser admitida como prova a testemunha que venha a suprir o exame direto se os vestígios desapareceram por motivo de força maior e não porque o Estado foi negligente na sua preservação ou na realização do exame. Exemplificando, se o exame não se realizou porque a autoridade policial não o requisitou e agora não há mais vestígios, o réu não pode ser penalizado por omissão dos órgãos estatais.

Nosso Código ainda prevê certas regras para exames específicos, como é o caso do *exame necroscópico*, isto é, aquele realizado no cadáver. Estabelece nossa lei processual que ele deve ser realizado pelo menos seis horas após a morte, a não ser que haja evidências do óbito. Em caso de morte violenta, em que os sinais externos possibilitem identificar a *causa mortis*, poderá ser dispensado o exame (art. 162 do CPP). Se for preciso realizar a *exumação* do cadáver, a autoridade cuidará das providências para a realização das diligências, devendo o administrador do cemitério apontar o local do sepultamento, sob pena de desobediência (art. 163 do CPP).

Para a constatação de lesão corporal grave, pelo afastamento das ocupações habituais por mais de 30 dias, deve ser realizado exame complementar, logo após 30 dias do crime (art. 168, § 2º, do CPP).

Nas perícias de laboratório, deverão ser guardadas pequenas quantidades do objeto analisado, para eventual realização de nova perícia, se necessária (art. 170 do CPP). Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa ou por escalada, os peritos deverão indicar com que instrumentos, por quais meios e em que época presumem ter sido o fato praticado (art. 171 do CPP).

Quando se tratar de crime de incêndio, os peritos devem verificar a causa e o local onde começou o fogo, o perigo que resultou para a vida e o patrimônio alheio, a extensão do dano e seu valor, bem como todas as outras circunstâncias relevantes (art. 173 do CPP).

No que toca aos exames para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra – chamados de exames grafotécnicos –, a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada. Quaisquer documentos que ela reconhecer como de seu punho, ou assim reconhecidos judicialmente, poderão servir para o exame, devendo ser requisitados, quando necessário, de órgãos públicos, ou ali realizada a diligência. Não havendo escritos para comparação ou se forem em número insuficiente, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado (art. 174 do CPP). Lembre-se de que, por força do princípio de que ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), não se pode compelir o indiciado ou acusado a escrever as palavras que lhe forem ditadas, se ele se recusar a fazê-lo.

9.6.2 Interrogatório (arts. 185 a 196 do CPP)

É o ato em que o acusado é ouvido sobre a imputação a ele dirigida. É comum, na doutrina, conferir-se dupla natureza jurídica ao interrogatório: é meio de prova, pois assim inserido no Código de Processo Penal e porque leva elemento de convicção ao julgador; é também meio de defesa, pois o interrogatório é o momento primordial para que o acusado possa exercer sua autodefesa, dizendo

o que quiser e o que entender que lhe seja favorável, em relação à imputação que lhe pesa.

O interrogatório é ato não preclusivo, isto é, pode ser realizado a qualquer tempo. Muito embora nos diversos procedimentos do processo penal exista momento adequado para ter lugar o ato, pode não ser possível sua efetivação exatamente naquele momento, por estar o réu foragido, por exemplo. É permitida também a renovação do ato a todo tempo, de ofício pelo juiz ou a pedido das partes (art. 196 do CPP).

O acusado será interrogado sempre na presença de seu defensor. Se não tiver um, deve ser-lhe nomeado um defensor público ou um defensor dativo, nem que seja apenas para acompanhar o ato (*ad hoc*). Antes do interrogatório, o juiz deve assegurar o direito de entrevista reservada com seu defensor. Antes ainda de se iniciar o ato, o acusado deve ser alertado do seu direito ao silêncio, podendo se recusar a responder às perguntas que lhe forem formuladas, sem que isso seja utilizado em seu prejuízo (art. 5º, LXIII, da CF e art. 186 do CPP).

A regra para o interrogatório do réu preso é ser ele realizado no estabelecimento prisional onde o acusado estiver recolhido, em sala própria, desde que seja garantida a segurança para os profissionais que ali estarão presentes. Não havendo essa garantia, o acusado será conduzido à sede do Juízo.

O interrogatório será dividido em *duas partes*. Na *primeira*, o juiz deverá inquirir o acusado a respeito de sua vida pessoal, no âmbito familiar, social, profissional, sua vida pregressa, se foi preso ou processado, enfim, todos os aspectos que possam indicar ao magistrado algo a respeito da conduta e da personalidade do interrogando. Na *segunda parte*, o acusado será indagado sobre:

a. ser verdadeira a acusação;
b. não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se esteve com elas antes da prática da infração ou depois dela;

c. onde estava quando foi cometida a infração e se teve notícia desta;
d. as provas já apuradas;
e. se conhece às vítimas e testemunhas já inquiridas, ou por inquirir, desde quando e se tem o que alegar contra elas;
f. se conhece o instrumento com que a infração foi praticada ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;
g. todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;
h. se tem algo mais a alegar em sua defesa.

Se o acusado negar a acusação, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas (art. 188 do CPP). Se, por outro lado, confessar a prática do crime, será indagado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração e quem são elas (art. 189 do CPP).

As partes poderão, após a inquirição do juiz, pedir esclarecimentos, formulando perguntas que serão avaliadas pelo magistrado, pelos critérios da pertinência e relevância. Se houver mais de um acusado, eles serão interrogados separadamente.

Quanto ao interrogatório dos surdos-mudos, deve-se observar a seguinte forma (art. 192 do CPP):

a. ao surdo serão apresentadas perguntas por escrito e as respostas serão orais;
b. ao mudo, serão feitas perguntas orais e as respostas serão oferecidas por escrito;
c. ao surdo-mudo as perguntas e respostas serão por escrito.

Se o interrogando não souber ler ou escrever, bem como se não falar a língua portuguesa, o interrogatório contará com a presença de intérprete.

9.6.3 Confissão (arts. 197 a 200 do CPP)

"Em termos genéricos, no campo do direito processual, a confissão é o reconhecimento realizado em Juízo, por uma das partes, a res-

peito da veracidade dos fatos que lhe são atribuídos e capazes de ocasionar-lhe conseqüências jurídicas desfavoráveis. No processo penal, pode ser conceituada, sinteticamente, como a expressão designativa da aceitação, pelo autor da prática criminosa, da realidade da imputação que lhe é feita" (MIRABETE, 2006, p. 286).

Diante do sistema de apreciação das provas adotado por nosso Direito, a confissão não é tida como prova de valor absoluto. Como se sabe, ela foi, por muito tempo, denominada "rainha das provas", hoje, contudo, de acordo com o art. 197 do Código de Processo Penal, a confissão deve ser avaliada em conjunto com os demais elementos de prova do processo, verificando-se sua compatibilidade ou concordância com eles. É perfeitamente possível, em termos concretos, a confissão realizada por quem não seja o autor do delito, por exemplo, na hipótese do pai que admite a prática de um delito cometido pelo filho, a fim de livrá-lo de eventual punição. Por isso deve o juiz ficar atento.

A confissão ocorre costumeiramente no ato do interrogatório, mas nada impede que seja realizada em outro momento no curso do processo. Neste caso, deverá ser tomada por termo nos autos, conforme dispõe o art. 198 do Código de Processo Penal. Tal regra, associada a outras tantas do processo penal, deixa claro que não existe confissão ficta no processo penal, ou seja, mesmo que o acusado não exerça a sua autodefesa, não se presumem verdadeiros os fatos a ele imputados. Sempre haverá defesa técnica no processo, como se verá adiante.

Estipula ainda o Código que a confissão será *divisível*, ou seja, o juiz pode aceitá-la apenas em parte, e será também *retratável*, isto é, o acusado pode voltar atrás na sua admissão de culpa.

Por fim, costuma-se apontar duas espécies de confissão:

a. *simples*, na qual o réu apenas reconhece a prática delituosa, sem qualquer elemento novo;
b. *qualificada* em que o réu reconhece que praticou o crime, mas alega algo em seu favor, como alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

9.6.4 Declarações do ofendido (art. 201 do CPP)

Sempre que possível o juiz deverá proceder à oitiva do ofendido, por ser ele pessoa apta, em muitos casos, a fornecer informações essenciais em relação ao fato criminoso. Regularmente intimado, se não comparecer poderá ser conduzido coercitivamente.

Será ele indagado sobre as circunstâncias da infração, se sabe quem é o autor e quais as provas que pode indicar.

Não se pode denominar o ofendido de testemunha, porque não o é tecnicamente, já que não se toma dele o compromisso de dizer a verdade, o que faz com que não possa ser processado pelo crime de falso testemunho. Por esse motivo questiona-se o valor probatório de suas declarações, como ensina Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha: "A situação psicológica da vítima no processo é bem paradoxal: de um lado, está capacitada mais do que qualquer outra de reproduzir a verdade, e, de outro, a sua vontade não pode ser considerada como isenta de fatores emocionais. Em primeiro lugar, por ter suportado a ação, por ter sofrido o prejuízo ou o dano, por estar presente em todo o desenrolar, a sua atenção estaria a tal ponto desperta que possibilitaria uma reprodução fiel do ocorrido, inclusive minúcias e detalhes. Contudo, sua vontade fatalmente estaria atingida, possuída de indignação ou dor, a ponto de ser impossível uma total isenção. Não se pode encontrar uma vítima despida totalmente de sentimentos, com tal frieza emocional que seja possível falar-se em imparcialidade" (2006, p. 150).

Anote-se que o ofendido passa a ter maior atenção de nossa Lei Processual, deixando de ser mero espectador, distante do processo. Nos termos do Código, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.690/2008, o ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (art. 201, § 2º, do CPP). Referida comunicação será feita no endereço por ele indicado, ou, se for sua opção, por meio eletrônico (art. 201, § 3º, do CPP).

Cuida também o Código da proteção do ofendido, dispondo que antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para ele (art. 201, § 4º, do CPP), determinando, ainda, que o juiz tome as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação (art. 201, § 6º, do CPP).

Caso o juiz entenda necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às custas do ofensor ou do Estado (art. 201, § 5º, do CPP).

9.6.5 Testemunhas (arts. 202 a 225 do CPP)

São as pessoas estranhas à relação jurídica processual, que narram fatos de que tenham conhecimento, acerca do objeto da causa.

São *características* da prova testemunhal:

a. **oralidade:** o depoimento é oral, não pode ser trazido por escrito, muito embora a lei permita a consulta a apontamentos, conforme o art. 204 do CPP;
b. **objetividade:** a testemunha deve responder o que sabe a respeito dos fatos, sendo-lhe vedado emitir sua opinião a respeito da causa;
c. **retrospectividade:** a testemunha depõe sobre fatos já ocorridos e não faz previsões.

Estabelece o art. 202 do Código de Processo Penal que toda pessoa poderá ser testemunha. A essa regra geral, porém, correspondem algumas exceções.

Estão *dispensados* de depor, o cônjuge, o ascendente, o descendente e os afins em linha reta do réu. Eles só serão obrigados a depor caso não seja possível, por outro modo, obter-se a prova (art. 206 do CPP). Neste caso, não se tomará deles o compromisso de dizer a verdade;

eles serão ouvidos como *informantes* do Juízo. Também não se tomará o compromisso dos doentes mentais e das pessoas menores de 14 anos, conforme disposto no art. 208 do Código de Processo Penal.

Estão *proibidas* de depor as pessoas que devam guardar sigilo em razão de função, ministério, ofício ou profissão, salvo se, desobrigadas pelo interessado, quiserem dar seu depoimento (art. 207 do CPP). Em relação ao advogado, some-se ainda o disposto no art. 7º, XIX, da Lei n. 8.906/94: "[É direito do advogado] recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional".

Tecnicamente, testemunha é aquela pessoa que faz a promessa, sob o comando do juiz, de dizer a verdade sobre aquilo que lhe for perguntado, ou seja, a que assume o compromisso de dizer a verdade, sob pena de ser processada pelo crime de falso testemunho. As demais pessoas que venham a depor, sem prestar referido compromisso, conforme já adiantado anteriormente, são denominadas *informantes do Juízo* ou ainda *declarantes*.

Costuma-se classificar as testemunhas em:

a. *testemunhas numerárias*, aquelas que fazem parte do número legal previsto para cada rito processual;
b. *testemunhas do Juízo*, aquelas cuja oitiva é determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da parte e que não faz parte do rol apresentado por esta;
c. *testemunhas referidas*, aquelas que foram mencionadas em depoimentos de outras pessoas, sob afirmação de que podem saber algo a respeito dos fatos. Não deixam de ser, em verdade, testemunhas do Juízo, uma vez que sua inquirição será determinada por este.

O *número de testemunhas* que cada parte poderá arrolar, nos principais ritos processuais, são:

a. rito ordinário: até oito (art. 401 do CPP);

b. rito sumário: até cinco (art 532 do CPP);

c. rito do Júri: até oito, na primeira fase e cinco na segunda (art. 406, §§ 2º e 3º, e art. 422, do CPP);

d. rito sumaríssimo: até três (Lei n. 9.099/95).

O procedimento para a oitiva de testemunhas será estudado mais à frente, quando tratarmos de ritos processuais.

9.6.6 Reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226 a 228)

"É o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa" (NUCCI, 2007, p. 450). Muitas vezes, no processo penal, faz-se necessário efetuar o reconhecimento de pessoa para elucidação dos fatos. Aponta a doutrina que não somente o réu pode passar pelo reconhecimento, como também eventualmente o ofendido e a testemunha. Esse reconhecimento deve atender a algumas regras.

Primeiro, a pessoa que vai fazer o reconhecimento deve descrever a pessoa que será reconhecida. Esta será, então, se possível, colocada ao lado de outras que, com ela, tenham semelhança, para que o reconhecedor possa apontá-la, tomando-se cuidado, se houver receio, para que uma não veja a outra. Entende-se que a semelhança deve ser física, não exatamente de fisionomia, o que poderia tornar impossível a realização do ato. Se forem várias as pessoas que irão fazer o reconhecimento, cada uma o fará em separado. Dispõe ainda a lei processual que, em Juízo ou em plenário de julgamento, não se aplica a providência de impedir que uma pessoa veja a outra no ato do reconhecimento.

De tudo o que se passou, lavrar-se-á termo, assinado pela autoridade, pela pessoa chamada para efetuar o reconhecimento e por duas testemunhas. O mesmo procedimento deve ser observado no que diz respeito e no que couber ao reconhecimento de coisas que tiverem relação com o delito.

Muito embora não exista previsão legal, pode haver o *reconhecimento fotográfico*, que deve ser considerado com cautela, diante da maior possibilidade de falhas.

9.6.7 Acareação (arts. 229 a 230 do CPP)

É o ato processual em que se colocam frente a frente duas ou mais pessoas que fizeram declarações divergentes sobre o mesmo fato. Pode ser realizada entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e vítima, ou entre vítimas.

É pressuposto essencial que as declarações já tenham sido prestadas, caso contrário não haveria possibilidade de se verificar ponto conflitante entre elas. O art. 230 do Código de Processo Penal, por mais absurdo que pareça, dispõe sobre a acareação por carta precatória, na hipótese de um dos acareados residir fora da Comarca processante.

9.6.8 Documentos (arts. 231 a 238 do CPP)

Nos termos do Código de Processo Penal, consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares (art. 232). *Instrumento* é o documento constituído especificamente para servir de prova para o ato ali representado, por exemplo, a procuração, que tem a finalidade de demonstrar a outorga de poderes.

O Código adotou o conceito de documento em sentido estrito. No sentido amplo, podemos dizer que "é toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma idéia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para demonstrar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante" (NUCCI, 2007, p. 459). De acordo com essa interpretação, então, são considerados documentos: vídeos, fotos, CDs etc.

Os documentos podem ser:

a. **públicos:** aqueles formados por agente público no exercício da função. Possuem presunção *juris tantum* (relativa) de autenticidade e veracidade;
b. **particulares:** aqueles formados por particular.

Em regra, os documentos podem ser juntados em qualquer fase do processo (art. 231 do CPP). Dispõe a lei processual, contudo, que não será permitida a juntada de documentos *no Plenário do Júri, sem comunicar à outra parte com antecedência mínima de três dias* (art. 479 do CPP). Se o juiz tiver notícia da existência de documento referente a ponto relevante do processo, providenciará a sua juntada aos autos, independentemente de requerimento das partes. Os documentos em língua estrangeira deverão ser traduzidos por tradutor público.

A cópia autenticada de documento terá o mesmo valor que o documento original (art. 232, parágrafo único, do CPP). Os documentos juntados aos autos poderão ser desentranhados a pedido da parte, se não houver motivo que justifique sua permanência nos autos (art. 238 do CPP).

9.6.9 Indícios (art. 239 do CPP)

Indício, na definição legal, é toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, chega-se à conclusão da existência de outro fato

Em nosso Direito, a prova indiciária tem o mesmo valor que qualquer outra. Há quem sustente que um conjunto de fortes indícios pode levar à condenação do acusado, tendo em vista o sistema do livre convencimento motivado do juiz.

9.7 Busca e apreensão (arts. 240 a 250 do CPP)

No título referente às provas e por conter com elas relação, o Código de Processo Penal disciplina a busca e a apreensão. São pro-

vidências que têm por finalidade procurar e apreender pessoas e coisas que tenham relação com o processo. Muito embora sejam tratadas em conjunto, são providências diversas.

A *busca* poderá ser *domiciliar* ou *pessoal*.

Terá lugar a *busca domiciliar* quando fundadas razões a autorizarem, para (art. 240 do CPP):

a. prender criminosos;
b. apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
c. apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
d. apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
e. descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
f. apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato (hipótese de constitucionalidade bastante discutida na doutrina, posicionando-se a corrente majoritária pela inconstitucionalidade da norma);
g. apreender pessoas vítimas de crimes;
h. colher qualquer elemento de convicção.

A *busca domiciliar* pode ser determinada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes e está sujeita a determinadas regras impostas pela Constituição da República, em seu art. 5º, XI. Assim, é permitida a entrada na residência de alguém:

a. a qualquer hora do dia ou da noite, com ou sem consentimento do morador, somente em caso de flagrante delito ou para prestar socorro;
b. durante o dia, com ou sem consentimento do morador, desde que com autorização judicial.

Não sendo caso de flagrante ou de socorro, então, a busca dependerá de mandado, exceto se realizada diretamente pela própria autoridade judiciária. O mandado deverá conter:

a. indicação da casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador, ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa ou sinais que a identifiquem;
b. menção ao motivo e fins da diligência;
c. assinatura do escrivão e do juiz competente.

Nas hipóteses em que não há consentimento do morador, os executores do mandado deverão mostrá-lo e lê-lo ao morador, ou a quem o represente, intimando-o a abrir a porta (art. 245, *caput*, do CPP). Se o morador não atender à ordem, a porta poderá ser arrombada, entrando-se à força. Da mesma forma, será possível o emprego da força contra coisa existente dentro da casa, para descobrir o que se procura, havendo resistência do morador. Se a pessoa ou coisa que se procura for determinada, o morador será intimado a mostrá-la. Assim que descoberta, será apreendida, se esse for o fim da busca. De tudo, será lavrado auto circunstanciado.

Caso o morador não esteja em casa, os agentes entrarão nela mediante arrombamento, intimando-se um vizinho para acompanhar a diligência, se houver e estiver presente. Tudo o que foi exposto se aplica também quando a busca ocorrer em compartimento habitado, em aposento ocupado de habitação coletiva ou, ainda, em compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Já a *busca pessoal* é aquela que ocorre no corpo da pessoa, vestes ou acessórios que traga consigo. Ela independerá de mandado e será possível no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou de papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando for determinada no curso de busca domiciliar (art. 244 do CPP). A busca em mulher será feita por outra mulher, se não implicar retardamento ou prejuízo da diligência (art. 249).

O Código autoriza, ainda, a apreensão de pessoa ou coisa que esteja em território de outro Estado ou comarca, quando forem no seguimento delas e desde que a autoridade ou seus agentes se apresentem às autoridades locais, antes ou depois do cumprimento da medida (art. 250 do CPP).

Questões

1. **(OAB/SP – 127°) Assinale, em relação à produção da prova, a alternativa correta:**
   (A) A busca domiciliar, por ser medida de natureza cautelar, só se justifica quando presente o *fumus boni juris*, ou seja, somente quando fundadas razões a autorizarem.
   (B) Não há diferença entre o direito de arrolar testemunha e o direito de requerer a inquirição de testemunha.
   (C) O Código de Processo Penal regula, expressamente, o reconhecimento fotográfico, determinando que sejam mostradas ao reconhecedor quatro fotos semelhantes, incluindo-se a da pessoa que deveria ser reconhecida.
   (D) O Código de Processo Penal prevê que as perícias sejam feitas por dois peritos, sempre oficiais.

2. **(OAB/DF – 2004/2) Sobre as provas no processo penal, assinale a alternativa incorreta:**
   (A) Pode o juiz, de ofício, determinar a produção de provas.
   (B) Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto.
   (C) A confissão do acusado constitui prova plena de sua culpabilidade.
   (D) O princípio da liberdade probatória não é absoluto.

3. **(OAB/MG – 2006/1) Quanto aos meios de prova, admitidos no processo penal, é correto afirmar que:**
   (A) O exame de corpo de delito poderá ser substituído pela prova testemunhal quando houverem desaparecidos os vestígios.
   (B) Admite-se a interceptação telefônica para apurar crime punido com detenção.
   (C) Admite-se o depoimento dos profissionais que devem guardar segredo, quando autorizados pelo juiz.
   (D) Admite-se o depoimento do menor de 14 anos, desde que preste compromisso.

4. **(OAB/SP – 121°) Havendo fundadas dúvidas à versão oferecida pelo acusado por ocasião de seu interrogatório judicial, o juiz poderá reinterrogá-lo:**
   (A) A todo tempo.
   (B) Antes de oferecida a defesa prévia.
   (C) Antes do oferecimento das alegações finais, pelas partes
   (D) Até o término da instrução criminal.

5. **(OAB/SC – 2004/1) No que tange aos direitos do acusado, é correto afirmar que:**
   (A) O acusado possui o direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, mas seu silêncio importará em confissão e prejudicará sua defesa.
   (B) O acusado possui o direito de permanecer calado, não respondendo às perguntas que lhe forem formuladas, e seu silêncio não importará em confissão e não prejudicará sua defesa.
   (C) O acusado deve falar, respondendo às perguntas que lhe forem formuladas, mas seu silêncio não importará em confissão e não prejudicará sua defesa.
   (D) O acusado deverá responder a todas as perguntas que lhe forem formuladas, e seu silêncio importará em confissão e prejudicará sua defesa.

6. **(OAB/SP – 125°) Em relação à busca e apreensão, assinale a alternativa incorreta:**
   (A) A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes
   (B) A busca domiciliar, com mandado judicial ou com consentimento do morador, é possível a qualquer hora
   (C) A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.
   (D) A restituição da coisa apreendida poderá ser ordenada pela autoridade policial

7. **(OAB/MG – 2007) Sobre o interrogatório e a confissão, marque a alternativa incorreta:**
   (A) A confissão não admite retratação parcial.
   (B) Antes de se iniciar a audiência de interrogatório, o acusado pode requerer entrevista reservada com o seu advogado.

   (C) É permitido ao Ministério Público e ao advogado formular perguntas para esclarecer algum fato, no final do interrogatório.
   (D) O silêncio não gera nenhum prejuízo ao acusado.

8. **(OAB/SP – 107°) O interrogatório de pessoa surda será realizado mediante:**
   (A) A pessoa de seu curador.
   (B) Atuação de intérprete habilitado para tal.
   (C) Apresentação, por escrito, tanto das perguntas como das respostas.
   (D) Formulação de perguntas por escrito, que ele responderá oralmente.

9. **(OAB/SP – 109°) O menor de 18 anos pode servir de testemunha em processo penal?**
   (A) Menor de 18 anos deve estar acompanhado de seus genitores quando de sua oitiva no processo penal.
   (B) Só o maior de 18 anos pode servir de testemunha.
   (C) Toda pessoa poderá ser testemunha.
   (D) Só poderá ser aceito o testemunho do maior de 14 anos e menor de 18 anos.

10. **(OAB/SC – 110°) Roberto confessa o crime de homicídio em relação ao seu colega de trabalho Joaquim, praticado mediante emprego de arma de fogo. Neste caso, há necessidade da realização do exame de corpo de delito?**
    (A) Tudo dependerá do caso concreto, devendo o delegado de polícia sopesar todas as hipóteses, podendo dispensar a realização desta prova, posto que desnecessária à elucidação do caso, diante da confissão do réu.
    (B) Não, o exame de corpo de delito é dispensável quando há confissão espontânea do réu.
    (C) Se houver testemunhas presenciais ao homicídio, conjuntamente com a confissão do réu, o delegado de polícia poderá dispensar a realização de tal prova processual.
    (D) Sim, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo suprilo a confissão do acusado.

11. (OAB/SP – 113°) João, testemunha de crime contra os costumes, por ser tímido e envergonhado, traz seu depoimento por escrito e entrega ao juiz no momento de sua oitiva. Na hipótese:
   (A) Desde que a testemunha assine embaixo do subscrito por ela, declarando solenemente em audiência que aquilo corresponde à verdade, é aceitável tal depoimento.
   (B) O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito, não sendo vedada a breve consulta a apontamentos.
   (C) O juiz somente poderá aceitar tal depoimento se notar realmente ser impossível deduzi-lo verbalmente.
   (D) Levando-se em consideração o princípio da celeridade processual, é possível tal procedimento sempre que o juiz autorizar.

12. (OAB/SP – 116°) João da Silva constrangeu Maria das Flores, mediante violência, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Antônio da Silva, com treze anos de idade e vizinho de João, presenciou o crime. Ao oferecer a denúncia, o representante do Ministério Público arrolou Antônio como testemunha. Sendo intimado para a audiência de oitiva das testemunhas de acusação, Antônio da Silva poderá:
   (A) Alegar que está legalmente proibido de depor por ser menor.
   (B) Recusar-se a depor, por ser vizinho de João.
   (C) Mesmo sendo menor inimputável, prestar compromisso de dizer a verdade.
   (D) Ser ouvido como informante.

13. (OAB/SP – 116°) Assinale a alternativa correta, na hipótese de a testemunha morar fora da jurisdição do magistrado:
   (A) Será inquirida pelo juiz processante, impreterivelmente, em dia e hora designados para esse fim.
   (B) Será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta rogatória.
   (C) A carta precatória expedida para a oitiva de testemunha não suspenderá a instrução criminal.
   (D) A carta precatória expedida para a oitiva de testemunha suspenderá a instrução criminal.

14. (OAB/SP – 131°) Um juiz determinou interceptação telefônica atendendo representação da autoridade policial para investigação de ameaça que vinha sendo cometida. Ele:
   (A) Agiu ilegalmente porque, embora a interceptação telefônica esteja permitida na Constituição, não há lei que a regule.
   (B) Agiu ilegalmente porque a interceptação telefônica, segundo a lei que a regula, não pode ser deferida em face de representação da autoridade policial.
   (C) Agiu legalmente porque está autorizado, pela lei que regula a interceptação telefônica, a determinar a interceptação em qualquer crime e atendendo representação da autoridade policial.
   (D) Agiu ilegalmente porque a lei que regula a interceptação telefônica somente a permite em crimes punidos com reclusão.

Gabarito

1. A
2. C
3. A
4. A
5. B
6. B
7. A
8. D
9. C
10. D
11. B
12. D
13. C
14. D

10

Sujeitos Processuais

A relação jurídica processual abrange, direta ou indiretamente, várias pessoas, denominadas sujeitos processuais, que podem ser classificados como principais (ou essenciais) – juiz, autor e réu – e acessórios (ou secundários) – assistente da acusação, peritos etc.

Portanto, o processo no seu elemento relação jurídica é composto necessariamente por três sujeitos: o sujeito imparcial, que é o juiz, e dois sujeitos parciais, autor e réu. Os sujeitos acessórios podem vir a fazer parte da relação processual, como o assistente de acusação e o perito.

10.1 Juiz

O juiz surge no processo com a finalidade de substituir a vontade das partes, já que o direito material não pode ser voluntariamente aplicado por estas. Para poder exercer a jurisdição, o juiz deve conter três qualidades:

a. **capacidade funcional:** deve estar no regular exercício do cargo;
b. **capacidade processual:** deve ser competente para a causa;
c. **imparcialidade:** deve julgar de forma isenta, sem privilegiar uma ou outra parte.

Em termos diretamente processuais, o juiz tem a incumbência de "prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos" (art. 251 do CPP).

Assim, o juiz deve zelar para que não ocorram vícios nos atos processuais, bem como deve ordenar todas as medidas necessárias ao regular desenvolvimento dos atos processuais, para que se possa chegar à efetiva aplicação da lei penal. A segunda parte do dispositivo diz respeito ao poder de polícia de que goza o magistrado na condução dos atos, mormente naqueles em que é possível a presença de público (como sessão plenária do Júri, por exemplo), deve o juiz tomar todas as medidas para o bom andamento dos trabalhos.

Muito embora o juiz seja sujeito absolutamente essencial na relação jurídica processual, ele pode ser afastado em determinado processo, conforme previsão do Código de Processo Penal. Tal afastamento pode se dar em razão de impedimentos, incompatibilidades e suspeição, fazendo-se a ressalva de que alguns autores apontam apenas hipóteses de impedimentos e suspeição, incluindo-se as incompatibilidades nos primeiros (cf. NUCCI, 2007, p. 499-505). O mesmo se aplica aos jurados, nos termos do art. 448, § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.689/2008.

I – Impedimentos

Apesar de haver a necessidade de ser imparcial, o juiz não deixa de ser uma pessoa, suscetível de sentimentos que todos os humanos possuem. Em alguns casos, a lei antecipa a proibição de o juiz exercer a jurisdição, presumindo que ali pode haver parcialidade – são os impedimentos. Nos termos do Código, o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

a. tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
b. ele próprio houver desempenhado qualquer das funções anteriores ou servido como testemunha;

c. tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se de fato ou de direito sobre a questão;
d. ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Predomina, na doutrina, a posição de que o rol contido no art. 252 do Código de Processo Penal é taxativo, não podendo ser interpretado extensiva ou analogicamente. Há divergência doutrinária, contudo, em relação aos efeitos do exercício de um juiz impedido: alguns entendem que os atos por ele realizados são inexistentes, outros entendem se tratar de nulidade absoluta.

II – Incompatibilidades

A hipótese que se costuma apontar como incompatibilidade diz respeito a vínculo de parentesco entre juízes em um mesmo órgão colegiado. Dessa forma, seria incompatível a atuação e a conseqüente prestação jurisdicional.

Nos termos do art. 253 do Código de Processo Penal: "Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive".

III – Suspeição

É suspeito o juiz que se encaixa em determinadas hipóteses que indiquem a possibilidade de não ser ele parcial, por diversas razões. Vigora o entendimento de que o rol trazido pelo Código não é taxativo, pois, no caso concreto, podem existir outras situações não previstas pelo legislador e que, igualmente, tornam o juiz suspeito.

Dispõe o art. 254 do Código de Processo Penal que o juiz deve declarar-se suspeito de ofício ou, se não o fizer, poderá ser recusado pelas partes:

a. se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
b. se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

c. se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
d. se tiver aconselhado qualquer das partes;
e. se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
f. se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Lembre-se de que o art. 564, I, do Código de Processo Penal estabelece que os atos praticados em um processo por um juiz suspeito geram nulidade, que será absoluta.

O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo, sobrevindo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo (art. 255 do CPP).

É preciso destacar, ainda, que, nos termos do art. 256 do Código, a suspeição não poderá ser reconhecida se a parte injuriar o juiz ou propositadamente der motivo para criá-la. Trata-se de mera cautela do legislador, pois é óbvio que não há de se considerar suspeito o juiz que retorquiu uma ofensa, por exemplo, dirigida a ele propositadamente com esse fim.

Para que o magistrado bem desempenhe sua função, com a imparcialidade que dele se exige, precisa ter certas garantias contra interferências e pressões dirigidas a tal função. Tendo em vista esta preocupação, a Constituição Federal, em seu art. 95, assegura aos membros da Magistratura:

a. **vitaliciedade:** após dois anos, o juiz se torna vitalício no cargo, só o perdendo em caso de sentença condenatória transitada em julgado. A destituição do juiz dependerá do tribunal a que o juiz estiver vinculado (art. 95, I, da CF);

b. **inamovibilidade:** o juiz só poderá ser removido de seu cargo em caso de interesse público, através de decisão por voto da maioria absoluta do tribunal a que estiver vinculado, ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa (art. 95, II, da CF);
c. **irredutibilidade de vencimentos:** garante ao magistrado que seu salário não será reduzido (art. 95, III, da CF). Cumpre frisar que há ressalvas no art. 37, X e XI; art. 39, § 4°; art. 150, II, e art. 153, III e § 2°, I, todos da Constituição da República.

Na mesma esteira, a Carta Magna impõe certas vedações ao magistrado, também fundadas na preservação de sua imparcialidade. Dispõe o art. 95, parágrafo único, incisos I, II, III, IV, V, que os juízes não poderão:

a. exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;
b. receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação no processo;
c. dedicar-se à atividade político-partidária;
d. receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
e. exercer a advocacia no Juízo ou Tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

10.2 Ministério Público

Na esfera penal, o Ministério Público é o responsável pela apresentação da pretensão punitiva ao Estado-juiz. Cabe-lhe, exclusivamente, a titularidade da ação penal pública, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal e art. 257, I, do CPP.

Em caso de ação penal privada, atua como *custos legis*, ou seja, é o fiscal da lei, zelando por sua boa aplicação. Assim, ou é ele parte (ação penal pública) ou fiscal da lei (ação penal privada), mas sempre é sujeito da ação penal.

Quando atua como parte, porém, deve agir com imparcialidade, pois é órgão estatal, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Por esses motivos, não faria sentido o Ministério Público, convencido da inocência de um acusado, levar o pleito de condenação às últimas conseqüências, somente por ter legitimidade para figurar no pólo acusador. Acima de tudo ele deve promover a justiça.

Aplicam-se aos membros do Ministério Público as mesmas garantias dos juízes, estudadas anteriormente. A carreira estrutura-se, no âmbito estadual, em promotores de justiça e procuradores de justiça (cujo chefe é o procurador-geral de justiça), no âmbito federal, em procuradores da república (procurador-geral da república é o chefe).

Anote-se que não há mais a figura do promotor *ad hoc*, que era designado para atuar em nome do Ministério Público onde não houvesse membro da instituição. Hoje, de acordo com o art. 129, § 2°, da Constituição Federal, somente poderão exercer as funções, membros de carreira aprovados em concurso público.

Além das garantias mencionadas, aplicam-se, à carreira, alguns princípios institucionais estabelecidos pela Constituição Federal (art. 127, § 1°):

a. **Unidade e indivisibilidade.**
O membro do Ministério Público é parte de um todo unitário; seus membros falam não em seu nome, e sim em nome da instituição. Ressalva deve ser feita em relação ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público Estadual, pois cada um tem uma unidade, isto é, são órgãos distintos, de esferas distintas. A unidade é apenas interna e não entre eles.
Decorrência da indivisibilidade é a possibilidade de os membros do Ministério Público serem substituídos uns pelos outros, no decorrer do processo, não existindo vinculação pessoal entre o promotor de justiça (ou procurador da república) e a causa; a instituição do Ministério Público que é parte e não o promotor em si.

Deve-se lembrar o entendimento que tem sido manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, amparado por parte da doutrina, no sentido de ser proibida a designação casual de promotor de justiça pelo procurador-geral, por ofender o *princípio do promotor natural*, correlato ao princípio do juiz natural.

b. Independência funcional.

Os membros do Ministério Público não estão vinculados à ordem de órgão algum, nem a qualquer Poder do Estado. Mesmo no caso de um promotor substituir outro no mesmo processo, não estará vinculado ao entendimento do colega que o antecedeu. Não há hierarquia funcional na carreira, ou seja, os órgãos do Ministério Público não estão sujeitos à interferência por parte de outros membros do Ministério Público, a não ser na organização administrativa.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi instituído o Conselho Nacional do Ministério Público, responsável pelo controle administrativo e financeiro e pelo cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, com fulcro no art. 130-A da Constituição Federal.

Estendem-se a eles, também, no que couber, as prescrições relativas a suspeição e impedimentos dos juízes. Assim sendo, os membros do Ministério Público não funcionarão em processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, como reza o art. 258 do Código de Processo Penal.

As vedações aos membros do Ministério Público estão previstas no art. 128, § 5º, II. *a*, *b*, *c*, *d*, *e*; e art. 128, § 6º, c/c o art. 95, parágrafo único, V, da Constituição Federal, quais sejam:

a. receber, a qualquer título ou sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
b. exercer a advocacia;
c. participar de sociedade comercial, na forma da lei;

d. exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
e. exercer atividade político-partidária;
f. receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;
g. exercer a advocacia perante órgão do qual houver se afastado antes de decorridos 3 (três) anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Dentre as funções processuais do Ministério Público, encontram-se: realizar todos os atos processuais; impetrar *habeas corpus* e recorrer em favor do réu, se for o caso; requisitar instauração de inquérito policial e diligências; exercer o controle externo da atividade policial e fiscalizar a execução da lei (art. 257, II, do CPP).

10.3 Acusado

O acusado é o sujeito que ocupa o pólo passivo da relação jurídica processual. Via de regra, é pessoa física, maior de 18 anos. Há possibilidade, contudo, de figurar como acusada pessoa jurídica, quando acusada da prática de crime contra o meio ambiente (Lei n. 9.605/98). Na ação penal privada, recebe a denominação de querelado, na ação penal pública é chamado de réu ou acusado.

O art. 259 do Código de Processo Penal dispõe que a incerteza quanto à identificação nominal do acusado não impedirá o andamento da ação penal, desde que certa a identidade física. A qualquer tempo que se descobrir a sua qualificação, far-se-á a devida retificação, sem prejuízo dos atos já praticados.

Já o art. 260 do mesmo Código autoriza a condução coercitiva do acusado por ordem do juiz, quando houver necessidade de seu comparecimento para qualquer ato processual. Este dispositivo é criticado por boa parte da doutrina que entende ser direito do acusado não

comparecer aos atos processuais, se assim for de sua vontade. Se ele tem o direito ao silêncio, decorrente do direito de não produzir provas contra si, não há sentido em obrigá-lo a comparecer ao ato.

10.4 Defensor

Muito embora o acusado possa exercer a autodefesa no processo, a lei torna indispensável a defesa técnica, desempenhada por profissional habilitado, qual seja, o advogado, pois não haverá contraditório se não houver equilíbrio entre acusação e defesa.

Assim sendo, dispõe o art. 261 do Código de Processo Penal que "nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor". A esse respeito o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 523: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

A consagração da participação do advogado no processo e na realização da justiça veio com o art. 133 da Constituição da República de 1998: "O advogado é essencial à administração da Justiça". Não se pode esquecer que, se o acusado possuir habilitação técnica, ele mesmo poderá promover sua defesa no processo penal, isto é, não se exige que ele tenha um defensor técnico, uma vez que ele é um técnico habilitado, podendo, portanto, atuar em causa própria.

O defensor, no processo, pode ser:

a. **constituído (ou procurador):** o defensor constituído é indicado pelo réu, por meio de uma procuração. Deve-se lembrar, no entanto, que o art. 266 do Código de Processo Penal dispensa a outorga de procuração se a constituição de defensor se der no ato do interrogatório. Esta é uma particularidade importante do processo penal. Em homenagem ao princípio da ampla defesa, deve-se garantir ao acusado que, primeiro, escolha um defensor de sua confiança. Caso não o faça, nomeia-se um por intermédio do Juízo;

b. **dativo (ou defensor em sentido estrito):** segundo dispõe o art. 263 do Código de Processo Penal, o defensor dativo é aquele que é nomeado ao réu, quando ele não possuir defensor constituído. O réu poderá substituí-lo a qualquer tempo.

O defensor dativo não poderá recusar a nomeação, salvo por motivo relevante, por exemplo, manter relações de amizade com a vítima (art. 264 do CPP). A respeito, o art. 15 da Lei n. 1.060/50 elenca hipóteses em que estará presente o justo motivo para que o advogado se ausente da causa:

a. estar impedido de exercer a advocacia;
b. ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual;
c. ter necessidade de se ausentar da sede do Juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis;
d. já haver manifestado, por escrito, opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear;
e. haver dado à parte contrária parecer escrito sobre a contenda.

Note-se que, no processo penal, não é preciso que o acusado seja financeiramente hipossuficiente para que lhe seja nomeado um defensor; basta que não constitua um, já que no processo penal não existe processo sem defesa técnica. Se o acusado não for pobre, porém, deverá pagar os honorários do defensor dativo, que serão arbitrados pelo juiz, segundo o art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Havendo mais de um réu, o juiz deve nomear um defensor para cada um, para evitar colidência de defesa e, assim, prejuízo aos acusados, o que pode ensejar declaração de nulidade.

Estipula o Código, conforme nova redação conferida ao art. 265 pela Lei n. 11.719/2008, que o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. O § 1º do refe-

rido artigo veio sanar problema antes enfrentando pelos defensores que não podiam estar presentes a um ato processual, estipulando que a audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer. Para tanto, deve o defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Se não o fizer, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato (§ 2º).

Importante lembrar que, para exercer a função de defensor aos acusados que não podem pagar um advogado, foi criada, pela Constituição da República, a Defensoria Pública, cuja previsão encontra-se no art. 134 da Carta Magna. A Lei Complementar n. 80/94 regula referido dispositivo constitucional e organiza a Defensoria. Onde não houver sido instalado o órgão, ou ele não contar com número suficiente de membros, o Estado deve celebrar convênio com outros órgãos (com a Ordem dos Advogados do Brasil, por exemplo) para a efetiva prestação de assistência judiciária.

Para finalizar, o art. 267 do Código de Processo Penal estabelece que os parentes do juiz estão impedidos de funcionar como defensores no processo, nos termos do art. 252, já estudado anteriormente.

10.5 Curador do réu menor

Dispõe o art. 262 do Código de Processo Penal que deverá ser nomeado curador ao acusado menor. Entende-se, contudo, que os dispositivos do Código que determinam a nomeação de curador ao réu menor (arts. 15, 262, 449 e 564, III, *c*, parte final) foram revogados pelo novo Código Civil, uma vez que, neste (art. 5º), estabelece-se que a maioridade plena é atingida aos 18 anos.

Perdeu o sentido, portanto, assistir processualmente aquele que tem entre 18 e 21 anos, sendo ele plenamente capaz para exercer todo e qualquer ato da vida civil sozinho.

Reforça essa idéia o fato de que o art. 194 do Código de Processo Penal, que determinava a nomeação de curador ao réu menor quando de seu interrogatório judicial, foi revogado expressamente pela Lei n. 10.792/2003. Destarte, resta clara a intenção do legislador de adequar as normas processuais à norma civil, no que diz respeito à capacidade, perdendo, portanto, a eficácia aquelas normas ainda não revogadas.

10.6 Assistente de acusação

É o ofendido parte acessória no processo, figurando ao lado do Ministério Público e em seu auxílio. O assistente só pode intervir na ação penal pública, seja incondicionada ou condicionada, uma vez que, na ação penal privada, o ofendido ou seu representante legal atua como parte.

É possível identificar na doutrina duas correntes a respeito da finalidade do assistente da acusação no processo:

a. o assistente faz parte do processo para verdadeiramente tornar mais forte a acusação, por meio dos elementos que o ofendido pode levar até o representante do Ministério Público, visando, assim, ao fazimento da Justiça;
b. o assistente faz parte do processo única e exclusivamente para garantir o título executivo que vai lhe possibilitar a reparação do dano.

A legitimidade para figurar como assistente é do próprio ofendido ou de seu representante legal, ou, ainda, na falta, de qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 do Código, isto é, cônjuge, ascendente, descendente ou irmãos – CADI (art. 268 do CPP). O coréu, no mesmo processo, não poderá ser admitido como assistente (art. 270 do CPP).

Cumpre esclarecer que, como na maioria das vezes o assistente não possui capacidade postulatória, ou seja, não é habilitado

para atuar em Juízo, necessita de um advogado para representá-lo. A figura do patrono, então, acaba sendo confundida com a do assistente. É comum, no dia-a-dia forense, denominar o advogado "assistente de acusação", contudo ele é "advogado do assistente de acusação", já que quem deve figurar como auxiliar do Ministério Público é o próprio ofendido ou seu representante legal, conforme o caso, *representados* por advogado.

O assistente poderá ser admitido a qualquer tempo, desde que após o recebimento da denúncia e antes do trânsito em julgado da sentença, recebendo a causa no estado em que se encontra (art. 269 do CPP). Não há que se falar, portanto, em sua participação na fase de inquérito policial. No que tange ao Tribunal do Júri, se a vítima ainda não habilitada desejar participar da sessão plenária, ela deverá requerer sua admissão até cinco dias antes do julgamento, segundo dispõe o art. 430, do Código de Processo Penal.

A respeito de sua admissão deve ser ouvido o Ministério Público (art. 272 do CPP), porém ele só poderá se opor caso identifique a ausência dos requisitos legais para a habilitação. Não é ato discricionário seu aceitar ou não a participação do ofendido no processo. O pedido de habilitação só deve ser indeferido se não forem atendidos os requisitos legais, por exemplo, se não houver prova do parentesco com o ofendido (CADI) ou se não houver ainda sido recebida a denúncia. Da decisão que indefere a admissão do assistente não cabe recurso, sendo possível, na hipótese, a impetração de mandado de segurança.

A atuação do assistente não é totalmente ampla, como pode parecer. Como visto, de plano, receberá ele a causa no estado em que se encontrar. Já o art. 271 do Código de Processo Penal disciplina os atos que ele pode exercer:

a. *propor meios de prova*, que serão deferidas ou não, após oitiva do Ministério Público;
b. *reperguntar às testemunhas*, sempre após as reperguntas do Ministério Público;

c. *aditar as alegações finais do Ministério Público*;
d. *participar dos debates orais*, sempre após o Ministério Público;
e. *arrazoar os recursos do Ministério Público, ou dele próprio, contra decisão de impronúncia, de extinção de punibilidade ou sentença absolutória (art. 584, § 1º, e art. 598 do CPP)*. Trata-se, na parte final, de possibilitar ao assistente a interposição de recurso em sentido estrito e apelação supletivos, ainda que não esteja habilitado nos autos, caso o Ministério Público não recorra. Os recursos supletivos poderão ser interpostos no prazo de 15 dias, caso não esteja o assistente habilitado. Se já estiver, segue-se o prazo previsto normalmente, ou seja, cinco dias.

Se o assistente se mostrar desidioso em sua participação na causa, o Juízo estará desobrigado de intimá-lo novamente, nos termos do art. 271, § 2º, do Código.

10.7 Auxiliares da justiça

Os auxiliares da justiça são responsáveis pela realização de tarefas técnicas ou administrativas. Em outras palavras, são responsáveis pelo bom andamento da Justiça. Entre eles encontram-se os escreventes, analistas, oficiais de justiça, peritos e intérpretes.

Nos termos do art. 274 do Código de Processo Penal, estendem-se aos serventuários e funcionários da Justiça, no que for aplicável, a suspeição dos juízes, cujas hipóteses estão previstas no art. 254 do mesmo Código. Parte da doutrina entende inaplicável o dispositivo em questão, pois os serventuários estão sujeitos às normas disciplinares da Administração, bem como à correição do magistrado. Além disso, os serventuários não praticam atos decisórios, o que não justifica a suspeição.

O Código de Processo também estabelece regras para a atuação dos peritos e intérpretes, tendo em vista a relevância da função desempenhada por eles, de cunho essencialmente técnico.

O perito pode ser oficial ou nomeado pelo juiz. Oficial é aquele pertencente aos quadros do Estado, o outro é a pessoa com conhecimento técnico na matéria, que vem a ser nomeado pelo magistrado, na falta daquele. Qualquer deles está sujeito à disciplina judiciária, ou seja, cumprir fielmente seu encargo, nos termos do art. 275 do Código de Processo Penal.

O perito nomeado será obrigado, ainda, podendo incorrer em multa (art. 277 do CPP):

a. a aceitar o encargo, salvo motivo justificável;
b. a atender à intimação da autoridade;
c. a comparecer no dia e local designados para o exame, sob pena de ser conduzido coercitivamente;
d. a apresentar o laudo ou concorrer para que a perícia seja realizada.

Aos peritos estendem-se as causas de suspeição aplicáveis aos juízes (art. 252 do CPP). Além disso, estão elencadas no art. 279 as hipóteses que impedem alguém de exercer a função de perito:

a. os que estiverem cumprindo pena restritiva de direitos (art. 47, I e II, do CP);
b. os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;
c. os analfabetos e menores de 21 anos de idade.

Quanto a este último dispositivo, há, na doutrina, entendimento no sentido de que ele não perdeu sua aplicação, pois foi intenção do legislador estabelecer idade mínima para a relevante função de perito (cf. DAMÁSIO DE JESUS, 2006, p. 225). Por outro lado, há quem sustente a perda da eficácia, diante do novo regramento civil, como exposto no tópico "Curador do réu menor" (cf. NUCCI, 2007, p. 528).

Os intérpretes, diante da relevante e essencial função exercida por eles, são equiparados, para todos os efeitos, aos peritos, segundo dispõe o art. 281 do Código de Processo Penal.

Questões

1. **(OAB/SP – 122°) O assistente de acusação pode funcionar somente nos processos de:**
   (A) Crimes de ação penal de iniciativa privada.
   (B) Crimes de ação penal pública incondicionada.
   (C) Ação penal pública condicionada.
   (D) Ação penal pública.

2. **(OAB/SP – 110°) Carlos, juiz de direito da 7ª Vara Criminal, é amigo íntimo de Fernando, advogado de réu que responde a processo nesta Vara. É correto dizer que:**
   (A) O magistrado dar-se-á por suspeito e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes.
   (B) O magistrado dar-se-á por impedido, devendo manifestar-se *ex officio*.
   (C) O magistrado só estará impedido de judicar neste processo, se não revelar a amizade íntima para a parte *ex adversa*.
   (D) A amizade íntima entre magistrado e advogado não induz à suspeição ou impedimento.

3. **(OAB/SP – 111°) A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato. A assertiva é:**
   (A) Parcialmente correta.
   (B) Incorreta.
   (C) Correta.
   (D) Parcialmente incorreta.

4. (OAB/DF – 2005.3) Sobre o assistente da acusação, é correto afirmar:
   (A) Admite-se o assistente tanto na ação penal pública quanto na ação penal privada.
   (B) Só cabe habilitação do assistente até a sentença penal.
   (C) Da decisão que não admite o assistente cabe apelação.
   (D) Pode o assistente recorrer da sentença de impronúncia.

5. **(OAB/SP – 128°) Sobre o juiz, o Ministério Público e outros sujeitos processuais, é incorreto afirmar:**
   (A) Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive.
   (B) A suspeição do juiz não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.
   (C) Aos órgãos do Ministério Público, estendem-se, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas às suspeições e aos impedimentos dos juízes.
   (D) As partes intervirão na nomeação dos peritos.

6. **(OAB/MG – 2007) O Código de Processo Penal permite ao assistente de acusação:**
   (A) Impugnar a decisão de impronúncia.
   (B) Aditar a denúncia.
   (C) Impugnar sentença concessiva de *habeas corpus*.
   (D) Interpor recurso contra decisão condenatória, requerendo aumento de pena.

Gabarito

1. D
2. A
3. B
4. D
5. D
6. A

11

Prisão e Liberdade Provisória

11.1 Prisão

É a supressão legal da liberdade de locomoção de alguém. Na esfera penal, importam duas espécies de prisão, das quais apenas uma é objeto de estudo no processo penal:

a. **prisão penal (pena):** é a que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória; é o cumprimento da pena imposta propriamente dito;
b. **prisão cautelar (processual, provisória):** é a que ocorre antes da sentença condenatória, ou seja, durante o curso do processo. Por sua vez, pode ser:
   - em flagrante;
   - preventiva;
   - temporária.

Anote-se que duas modalidades de prisão cautelar comumente apontadas pela doutrina, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão decorrente da decisão de pronúncia, deixaram de existir como modalidades autônomas com as alterações do Código de Processo Penal promovidas pela edição das Leis n. 11.689/2008 e n. 11.719/2008.

Com a nova disciplina legal, se *condenado* o acusado, o juiz deverá decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo, inclusive, da apelação que vier a ser interposta (art. 387, parágrafo único, do CPP). A lei processual vem amparar entendimento estampado na Súmula 347 do STJ: "O conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão". No caso de *pronúncia*, também deverá o juiz, motivadamente, decidir sobre a manutenção, revogação ou substituição da prisão por medida restritiva de liberdade anteriormente decretada, se o acusado estiver preso, ou, se estiver solto, deverá decidir sobre a necessidade de decretação da prisão. Sendo afiançável a infração, o juiz arbitrará o valor da fiança para concessão ou manutenção da liberdade provisória (art. 413, § 3º, do CPP).

11.1.1 Disposições gerais

11.1.1.1 Formas de prisão

A prisão no sistema processual brasileiro só pode ser efetuada de duas formas: por *mandado* ou em *flagrante delito*. A nova ordem constitucional não admite a "prisão para averiguação", existente outrora; agora somente se prende aquele que está em estado de flagrância ou aquele contra quem pesa ordem da autoridade judiciária competente.

Pode a prisão ser realizada em qualquer dia e qualquer horário, respeitadas as restrições à inviolabilidade do domicílio (art. 283 do CPP). Assim, *à noite*, só se prende em flagrante ou com consentimento do morador; *de dia*, em flagrante e por mandado, com ou sem consentimento do morador.

A jurisprudência chegou a considerar noite o período que vai das 18 às 6 horas. Tem sido comum, contudo, adotar critério mais flexível, buscando associar ao conceito de dia ou noite os momentos do alvorecer e do anoitecer, pautando-se, portanto, pela claridade proporcionada pela luz solar.

Para o cumprimento do mandado de prisão poderá ser empregada a força necessária para vencer a resistência de quem se opõe ao ato ou tenta fugir. Executada a prisão, uma via do mandado será entregue ao preso, que deverá passar recibo. Se a pessoa que tiver de ser presa estiver em território nacional, porém em local estranho à jurisdição do juiz que a decretou, dar-se-á a prisão por carta precatória. Esta deverá conter o inteiro teor do mandado de prisão. Em caso de urgência, poderá ser expedido telegrama ou telex.

Na mesma esteira, pode haver a denominada *prisão em perseguição*. Se o réu, sendo perseguido, passar para o território de outra comarca, o executor poderá efetuar a prisão, devendo apresentar o preso à autoridade local. Nos termos do Código de Processo Penal, o executor está em perseguição do réu quando:

a. tendo-o avistado, for seguindo-o sem interrupção, embora o tenha perdido de vista;
b. sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em determinada direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

11.1.1.2 Prisão especial

Têm direito à chamada prisão especial, nos termos do art. 295 do Código de Processo Penal:

a. os ministros de Estado;
b. os governadores, prefeitos, secretários de estado, vereadores, chefes de polícia;
c. os membros do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;
d. os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito";
e. os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;
f. os magistrados;
g. os diplomados por qualquer faculdade superior;
h. os ministros de confissão religiosa;

i. os membros do Tribunal de Contas;
j. os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício da função;
k. os delegados de polícia e os agentes policiais.

O rol não se esgota nesse dispositivo do Código. Leis Especiais também conferem a prerrogativa a outras pessoas, como aos advogados, conforme disposição contida no art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94.

A prisão especial só tem lugar durante a fase processual. Se condenado o sujeito, será transferido para cela comum. Era ela regulamentada pelo Decreto n. 38.016/55, que previa uma série de regalias ao preso especial, tais como: visitas a qualquer hora, comida trazida de fora, não-obrigatoriedade de usar uniforme, televisão individual, assistência médica com seu médico de confiança etc.

A Lei n. 10.258/2001 trouxe nova redação ao art. 295 do Código de Processo Penal, que passou a regulamentar a prisão especial. Agora, as únicas regalias a que o preso especial tem direito são:

a. manutenção em estabelecimento distinto ou em cela distinta dos presos comuns;
b. transporte separado dos presos comuns.

De resto, todos os direitos e deveres são os mesmos dos presos comuns. Há que ressaltar que boa parte da doutrina se opõe ferrenhamente a tal regalia, reputando-a absolutamente inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade.

11.1.1.3 Prisão nas eleições

Quando se trata do estudo das disposições gerais a respeito do tema prisão, cumpre lembrar que o Código Eleitoral. Lei n. 4.737/65, no seu art. 236, estabelece que não se admite a prisão de qualquer eleitor desde cinco dias antes até 48 horas depois da eleição, salvo em flagrante delito ou cumprimento de mandado por força de sentença penal condenatória por crime inafiançável.

O § 1º do mesmo artigo dispõe que "os membros das mesas receptoras e os fiscais de partido, durante o exercício de suas funções, não poderão ser detidos ou presos, salvo o caso de flagrante delito; da mesma garantia gozarão os candidatos desde 15 (quinze) dias antes da eleição".

11.1.2 Prisão em flagrante

A palavra *flagrante*, entre outras acepções, denota o que é "visto ou registrado no próprio momento da realização" (HOUAISS, 2007, www.uol.com.br/houaiss). Pode-se dizer, então, que a *prisão em flagrante* é a que ocorre no momento em que o crime é cometido ou imediatamente após, de modo a indicar de maneira verossímil ser o agente seu autor. É a "certeza visual do crime" (MIRABETE, 2006, p. 374).

Justamente em razão de a lei prever a hipótese de prender alguém no momento da prática criminosa, não se exige mandado, como já anteriormente afirmado. Nem poderia ser diferente, pois, se o exigisse, perder-se-ia a essência do ato, que é o estado de flagrância. Em decorrência, deve-se observar com muito cuidado a caracterização das hipóteses legais, bem como as formalidades impostas para sua execução.

A prisão em flagrante *deve* ser realizada pela autoridade policial e seus agentes (flagrante compulsório) e *pode* ser realizada por qualquer um do povo (flagrante facultativo), consoante o art. 301 do Código de Processo Penal.

11.1.2.1 Hipóteses legais de flagrante

a. **Flagrante próprio (real, verdadeiro).** Hipótese em que alguém é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la, sem intervalo de tempo (art. 302, I e II, do CPP). Exemplos: agente efetuando disparos contra a vítima; agente ainda com a arma na mão, guardando a carteira subtraída da vítima e afastando-se dela.

b. **Flagrante impróprio (irreal, quase-flagrante).** Ocorre quando a pessoa é perseguida logo após a prática de uma infração penal, em situação que faça presumir ser ela o seu autor (art. 302, III, do CPP). A expressão "logo após" indica lapso temporal um pouco maior do que o contido na hipótese anterior, contudo não se pode considerar prazo tão longo de modo a fugir do contexto da prática do ilícito. Uma vez iniciada a perseguição, ela não pode ser interrompida, conforme já estudado. Exemplo: logo após o roubo de um carro, a polícia, verificando nas redondezas, avista o agente e sai em sua perseguição.

c. **Flagrante presumido (ficto).** Ocorre quando uma pessoa é encontrada, logo depois da prática de uma infração penal, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ela seu autor (art. 302, IV, do CPP). Emprega a lei aqui a expressão "logo depois", que compreende espaço de tempo algo um pouco maior ainda que o previsto no flagrante impróprio. Repita-se que referido espaço de tempo também deve ser observado dentro do contexto da prática delitiva. Exemplo: sujeito que é encontrado com o dinheiro do roubo e as armas que empregou na prática do crime momentos após sua prática.

d. **Flagrante retardado (diferido, prorrogado).** Hipótese não contemplada no Código de Processo Penal, mas no art. 2º, II, da Lei n. 9.034/95, chamada Lei do Crime Organizado. É decorrente da denominada *ação controlada* e descrito como aquele em que o agente policial pode deixar de intervir na ação que se supõe praticada por organização criminosa, desde que mantida a observação e o acompanhamento, para efetuar a prisão em momento mais oportuno do ponto de vista da produção de provas e fornecimento de informações. Exemplo: policial identifica atos criminosos de uma organização, mas prevê a possibilidade de prender posteriormente com prova mais contundente, retardando, então, sua intervenção.

Há dispositivo semelhante no art. 53, II, da Lei n. 11.343/2006, Lei de Drogas, que permite a não-atuação dos agentes policiais

sobre portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, dentro do território nacional, conhecendo seus itinerários, com a finalidade de alcançar maior número de agentes. Este dispositivo, contudo, contém diferença substancial em relação ao anterior, pois prevê autorização judicial para a execução da medida, constituindo, então, por exceção, controle judicial da prisão em flagrante antes de ela se efetivar.

Cumpre mencionar que a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991, prevê, em seu art. 11, a possibilidade da *entrega vigiada*, modalidade semelhante à ação controlada da Lei antes mencionada, que tem por escopo os delitos transnacionais, conforme se identifica de seu conceito trazido no art. 1º, alínea *l*: "Por 'entrega vigiada' se entenda a técnica de deixar que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes, substâncias psicotrópicas, substâncias que figuram no Quadro I e no Quadro II anexos nesta Convenção, ou substâncias que tenham substituído as anteriormente mencionadas, saiam do território de um ou mais países, que o atravessem ou que nele ingressem, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competentes, com o fim de identificar as pessoas envolvidas em praticar delitos especificados no parágrafo 1 do artigo 2 desta Convenção".

11.1.2.2 Espécies ilegais de flagrante

Muito embora a prisão em flagrante efetuada fora das hipóteses legais estudadas anteriormente seja manifestamente ilegal, a doutrina, ao longo dos tempos, acabou por conferir denominação a duas espécies em particular, que, de tão ilegais, merecem estudo próprio. São elas:

a. **Flagrante preparado (provocado).** Nesta hipótese, aquele que pretende efetuar a prisão de alguém induz esse alguém a praticar um delito, justamente para poder prendê-lo. O agente que efetua a prisão é quem provoca o ato criminoso. Trata-se, na

clássica definição de Damásio de Jesus (2006, p. 237), de "*crime putativo por obra de agente provocador*, crime de ensaio, de experiência ou provocado. Ocorre quando alguém, de forma insidiosa, *provoca* o agente à prática de um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que ele não se consume". Nos termos da Súmula 145 do STF: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". Exemplo: um policial disfarçado objetiva prender determinada pessoa. Pede a ele então que lhe compre uma porção de droga, pois não quer ir até o ponto de venda, dando voz de prisão quando ele retorna com a droga.

Anote-se que, se uma pessoa, tendo informações de que um crime será praticado, apenas aguarda a sua execução e efetua a prisão nesse instante, o faz dentro da legalidade, pois não provocou a situação. É o que a doutrina denomina *flagrante esperado*, que, na realidade, vai se encaixar no flagrante próprio.

b. **Flagrante forjado.** Ocorre quando aquele que quer prender uma pessoa inventa, cria provas de um crime que nem sequer existe. Na realidade, "inventa-se" o próprio crime. Exemplo: agente que coloca arma de uso proibido dentro do carro de alguém e lhe dá voz de prisão.

11.1.2.3 Impossibilidade de flagrante

A ocorrência de determinadas circunstâncias impede que seja imposta a prisão em flagrante. Assim, não se imporá a prisão em flagrante:

a. a quem se apresenta espontaneamente à autoridade, logo após ter praticado crime (art. 317 do CPP, *a contrario sensu*). O dispositivo legal estabelece que a apresentação espontânea não impede a decretação da prisão preventiva; logo, interpreta-se que impede a prisão em flagrante. Ademais, sustenta-se, na doutrina, que aquele que se dirige à autoridade tendo praticado um crime demonstra intenção de colaborar com a Justiça, o que justifica a não-imposição do flagrante;

b. ao condutor do veículo que prestar pronto e integral socorro à vítima no caso de acidentes de trânsito (art. 301 da Lei n. 9.503/97);

c. ao autor de infração de menor potencial ofensivo que, após a lavratura do termo circunstanciado, se dirigir imediatamente ao Juizado Especial Criminal ou assumir o compromisso de nele comparecer quando intimado (art. 69, parágrafo único).

11.1.2.4 Flagrante nos crimes

a. **Permanentes:** enquanto não cessar a permanência, ou seja, enquanto o crime estiver em permanente consumação, o agente encontra-se em estado de flagrância (art. 303 do CPP).

b. **Habituais:** é conhecida a posição daqueles que não admitem a prisão em flagrante nos crimes habituais, sob o argumento de que, como a caracterização de tais crimes se dá com a reiteração de condutas, quando se surpreende alguém na prática do ato de execução do crime, não é possível saber se se trata de um único ato ou se é ato de reiteração. Parte da doutrina, porém, entende ser viável, se for possível colher elementos que indiquem a reiteração de condutas, como por meio de investigação prévia.

c. **De ação penal privada:** nada impede que seja imposta prisão em flagrante a quem pratique crime em que se proceda mediante ação penal privada. Se não for o próprio ofendido o executor da prisão, no entanto, ela deve ser por ele ratificada dentro do prazo de 24 horas, por analogia ao prazo estipulado para a entrega da nota de culpa ao preso.

11.1.2.5 Auto de prisão em flagrante (art. 304 do CPP)

É o documento que formaliza a prisão em flagrante. Como tal modalidade de prisão dispensa o mandado, a materialização do ato deve observar todas as formalidades impostas pela lei, sob pena de invalidação.

Etapas para a elaboração do auto:

1. antes da lavratura, a autoridade deve comunicar a prisão à família do preso ou a pessoa por ele indicada, garantindo-se a assistência, inclusive de advogado (art. 5º, LXIII, da CF e art. 306, *caput*, do CPP);
2. oitiva do condutor, colheita de sua assinatura e entrega do recibo de entrega de preso;
3. oitiva de pelo menos duas testemunhas da infração que tenham acompanhado o condutor e colheita de suas assinaturas. Se não houver, devem assinar o auto duas testemunhas que tenham presenciado a apresentação do preso à autoridade;
4. oitiva da vítima, se for possível (hipótese não prevista no art. 304 do Código de Processo Penal, em referência);
5. interrogatório do preso, alertando-o de seu direito ao silêncio e observando-se, no que couber, os dispositivos do interrogatório judicial. Se o preso não souber, não puder ou se recusar a assinar, duas testemunhas assinarão após a leitura, em sua presença;
6. encerramento, determinando-se o recolhimento do indiciado à prisão, se não for caso de livrar-se solto, nem de prestar fiança.

O auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz competente no prazo de 24 horas, a contar da efetivação da prisão. No mesmo prazo, deve ser enviada cópia à Defensoria Pública, se o preso não tiver declinado possuir advogado.

11.1.2.6 Nota de culpa

Ainda no prazo de até 24 horas após a prisão, deverá ser entregue a nota de culpa ao preso, mediante recibo, que indicará o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas (art. 306, § 2º, do CPP). A falta de entrega no prazo estipulado pode ensejar o relaxamento da prisão.

11.1.3 Prisão preventiva (arts. 311 a 316)

A prisão preventiva é modalidade de prisão processual que pode ser imposta – sempre pelo juiz – no curso do inquérito policial e da ação penal. Pauta-se ela, como verdadeira medida cautelar, pela necessidade de levar alguém ao cárcere enquanto não há pronunciamento a respeito de sua culpa.

Pode ser decretada pelo juiz de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou representação do delegado de polícia. O despacho que a decreta deve ser devidamente fundamentado (art. 315 do CPP).

Para a decretação da preventiva, devem-se levar em conta três ordens de requisitos, assim divididos:

1) **Pressupostos:**
   a. prova da existência de crime doloso;
   b. existência de indícios suficientes de autoria.
2) **Motivos autorizadores:**
   a. *garantia da ordem pública:* diz respeito à periculosidade do agente que, solto, poderá continuar a delinqüir. Busca-se, então, acautelar a sociedade da prática de novos crimes por determinada pessoa. Deve-se anotar que os Tribunais Superiores têm mantido o entendimento de que a gravidade da infração, por si só, não autoriza a decretação da prisão preventiva;
   b. *conveniência da instrução criminal:* neste caso, a conduta do agente demonstra que ele pode interferir na produção de provas, por exemplo, ameaçando testemunhas ou queimando documentos, tornando-se necessária a prisão;
   c. *garantia da aplicação da lei penal:* tem lugar quando há fundadas razões para acreditar que possa haver fuga do agente. Aqui não basta a elevada pena em abstrato para presumir eventual fuga. É necessária a presença de elementos concretos que indiquem tal possibilidade;

d. *garantia da ordem econômica:* visa impedir que o agente, por sua conduta e antecedentes, continue a praticar delitos econômicos e financeiros, pondo em risco o bom funcionamento dessa importante esfera da vida em sociedade.

3) **Condições de admissibilidade (art. 313 do CPP):**

a. crimes dolosos apenados com reclusão, podendo ser decretada em crimes apenados com detenção se o réu for vadio, tiver identidade duvidosa ou se tiver condenação por outro crime doloso, desde que não tenha sido afastada a reincidência;

b. crimes que envolverem violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Decretação da prisão preventiva:
Todos os pressupostos
+
Um dos motivos autorizadores (ao menos)
+
Uma das condições de admissibilidade (ao menos)

A prisão preventiva poderá ser revogada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes, se desaparecerem os motivos que autorizaram sua decretação, não impedindo tal atitude nova decretação, por nova necessidade (art. 316 do CPP)

11.1.4 Prisão temporária (Lei n. 7.960/89)

É a modalidade de prisão cautelar imposta por tempo determinado. Está intimamente ligada à investigação, por isso só tem lugar durante o inquérito policial. Por essa mesma razão, só pode ser decretada pelo juiz mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, ou seja, não pode o magistrado decretá-la de ofício. Formulado o pedido, tem ele o prazo de 24 horas para decidir. Se decretada a prisão, o mandado será expedido em duas vias e uma delas será entregue ao preso, servindo como nota de culpa.

São requisitos para a decretação da prisão temporária:

1. imprescindibilidade da medida para as investigações do inquérito policial;
2. o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer dados esclarecedores de sua identidade;
3. fundadas razões de autoria ou participação nos seguintes crimes:
   - homicídio doloso (art. 121, *caput* e § 2º, do CP);
   - seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput* e §§ 1º e 2º, do CP);
   - roubo (art. 157, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, do CP);
   - extorsão (art. 158, *caput* e §§ 1º e 2º, do CP);
   - extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, do CP);
   - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223 do CP);
   - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223 do CP);
   - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º, do CP);
   - envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal com resultado morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285 do CP);
   - quadrilha ou bando (art. 288 do CP);
   - genocídio (Lei n. 2.889/56);
   - tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006);
   - crimes contra o sistema financeiro (Lei n. 7.492/86).

Discute-se se os requisitos são cumulativos ou alternativos. A posição que prevalece é a de que deve somar-se ao terceiro requisito um dos dois primeiros, ou seja, a prisão temporária só é cabível em relação aos crimes elencados quando conjugados com um dos outros dois requisitos.

Decretação da prisão temporária:
requisito 1 + requisito 3
ou
requisito 2 + requisito 3

Os *prazos* para a duração da prisão temporária são de *cinco dias, para crimes não hediondos*, e de *30 dias, para crimes hediondos*, podendo ser prorrogados uma única vez, em caso de extrema e comprovada necessidade.

Decorrido o prazo legal, o preso deve ser colocado incontinenti em liberdade, salvo se tiver sido decretada a sua prisão preventiva. Além disso, o preso temporário deve ficar separado dos demais detentos.

11.2 Liberdade provisória (art. 321 e ss. do CPP)

É o instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar o curso do processo em liberdade. O art. 5º, LXVI, da Constituição da República preceitua que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido se a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança". É a consagração, portanto, da possibilidade de alguém permanecer em liberdade enquanto é processado.

Não é admitida a liberdade provisória nos crimes:

a. de lavagem de dinheiro (art. 3º da Lei n. 9.613/98);

b. de tráfico de drogas e assemelhados (art. 44 da Lei n. 11.343/95);

c. ligados a organizações criminosas (art. 7º da Lei n. 9.034/95).

A proibição que existia em relação aos crimes hediondos não mais persiste, em razão da alteração da Lei n. 8.072/90, promovida pela Lei n. 11.464/2007. Da mesma forma, a proibição de liberdade provisória aos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo foi afastada por decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Adin 3.112-1.

11.2.1 Hipóteses em que o acusado se livra solto (art. 321 do CPP)

Duas situações impõem que o acusado seja colocado obrigatoriamente em liberdade, desde que não seja vadio ou reincidente em crime doloso:

a. infração a que não se comine pena privativa de liberdade (exemplo: art. 20 da LCP);

b. infração a que se comina pena privativa de liberdade não superior a três meses (exemplo: art. 150, *caput*, do CP).

Deve-se ressaltar que, com o advento do Juizado Especial Criminal, tais hipóteses hoje são bastante raras, uma vez que não se impõe prisão em flagrante aos autores de infração de menor potencial ofensivo que se comprometem a comparecer ao Juizado quando intimados, como já visto.

11.2.2 Liberdade provisória sem fiança (art. 310 do CPP)

O juiz deve conceder a liberdade provisória independentemente do pagamento de fiança quando:

a. verificar que o acusado agiu amparado por causa excludente de ilicitude (art. 310, *caput*);

b. verificar que não se encontram presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva (art. 310, parágrafo único, do CPP).

Aqui pouco importa se a infração é afiançável ou inafiançável; o que importa é a verificação dos requisitos legais. São hipóteses que demonstram a desnecessidade da segregação cautelar, daí dever o magistrado colocar em liberdade o acusado que preencher referidos requisitos. A liberdade provisória sem fiança, como dito, só pode ser concedida pelo juiz, o qual deverá sempre ouvir o Ministério Público. Caso seja concedida, o acusado ficará vinculado ao Juizo mediante assinatura de *termo de comparecimento aos atos processuais*, sob pena de revogação.

11.2.3 Liberdade provisória com fiança (art. 323 e ss. do CPP)

Fiança é uma garantia prestada pelo réu do cumprimento de suas obrigações processuais, estando em liberdade. Seu mecanismo consiste em depositar determinado valor em Juizo, em troca de

sua libertação provisória. O que vincula o acusado ao processo, ou seja, o que garante que ele não vai se furtar à aplicação da lei, é exatamente esse valor prestado.

Seu valor será definido de acordo com a pena cominada ao crime, conforme previsto no art. 325 do Código de Processo Penal, e será fixada em salários mínimos de referência, que foram substituídos pelo também já extinto Bônus do Tesouro Nacional (BTN). Hoje, calcula-se a fiança tomando o último BTN e atualizando-o com base na Taxa Referencial (TR). Pode ser reduzida até 2/3 ou aumentada até o décuplo pela avaliação da situação econômica do réu. O réu pobre será dispensado da fiança (art. 350 do CPP). A fiança poderá ser prestada por meio de *depósito* (dinheiro, pedras preciosas, títulos da dívida pública) ou de *hipoteca* (art. 330 do CPP).

O Código de Processo Penal traz as hipóteses em que não deverá ser concedida fiança, ou seja, trata da *inafiançabilidade*. Se a infração não se encaixar nas hipóteses relacionadas, ela é afiançável.

Não se concederá fiança (arts. 323 e 324 do CPP):

a. em crimes punidos com reclusão, cuja pena mínima seja superior a dois anos;
b. nas contravenções penais de vadiagem e mendicância (arts. 59 e 60 do Decreto-Lei n. 3.688/41);
c. nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, com trânsito em julgado;
d. se houver prova de ser o réu vadio;
e. nos crimes punidos com reclusão que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
f. a quem tiver quebrado fiança ou desrespeitado a obrigação no mesmo processo;
g. em caso de prisão civil, disciplinar, administrativa ou militar;
h. a quem estiver no período de prova de *sursis* ou livramento condicional, salvo se o novo processo for por crime culposo ou contravenção penal;

i. quando presentes os motivos que autorizem a decretação da prisão preventiva.

São também inafiançáveis os crimes de racismo, hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, tortura, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, por disposição constitucional (art. 5º, XLIII e XLIV, da CF).

A autoridade policial pode conceder fiança nos casos de crimes apenados com detenção e prisão simples (art. 322), lembrando o disposto na Lei n. 9.099/95.

São *obrigações* do acusado que presta fiança (arts. 327 e 328 do CPP):

a. comparecer aos atos do processo;
b. comunicar ao juiz mudança de residência ou ausência da comarca por mais de oito dias.

Em caso de *absolvição*, a fiança será devolvida integralmente ao acusado (art. 337 do CPP). Se *condenado*, o valor será restituído, descontando-se o valor das custas, da reparação do dano e da multa, se for o caso. Na hipótese de o réu não cumprir as obrigações impostas, ocorrerá a *quebra* da fiança, importando na perda da metade de seu valor e na necessidade de recolher-se à prisão (arts. 341 a 343 do CPP). Caso o acusado seja condenado e não se apresente à prisão, ocorrerá a *perda* da fiança, circunstância em que perderá todo o valor depositado (art. 344 do CPP). Por fim, se for verificado, no processo, que a fiança era incabível, será ela *cassada*.

Questões

1. **(OAB/SP – 120º) Quatro rapazes são detidos na ocasião em que andavam pela Praça da Sé. Questionam aos policiais acerca do motivo para tal prisão, respondendo eles no sentido de que é prisão para averiguação. Assim, algemados, são levados para o Distrito mais próximo, permanecendo lá por um dia. Qual o entendimento correto sobre esta questão?**

(A) À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronuncia ou nos casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente.
(B) A prisão está correta, podendo ser efetuada em qualquer hora do dia.
(C) A prisão para averiguação é permitida pelo Código de Processo Penal, podendo perdurar por 48 horas, independentemente de mandado da autoridade competente.
(D) Somente em flagrante delito poderá a polícia efetuar a prisão para averiguação durante o dia.

2. **(OAB/DF – 2004/2) Acerca de prisão em flagrante, assinale a opção correta:**
(A) São suas modalidades, entre outras: flagrante próprio, flagrante impróprio e flagrante presumido, sendo legais todas elas.
(B) Não se admite a prisão em flagrante nos crimes sujeitos à ação penal privada.
(C) Nos crimes permanentes, enquanto não cessada a permanência, não pode o agente ser preso em flagrante delito.
(D) É ilegal a prisão decorrente de flagrante esperado.

3. **(OAB/SP – 128º) Em relação à prisão em flagrante, é incorreto afirmar:**
(A) Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.
(B) Dentro de 48 (quarenta e oito) horas depois da prisão, será dada ao preso nota de culpa, assinada pela autoridade policial com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.
(C) Quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, poderá, depois de ouvir o Ministério Publico, conceder liberdade provisória.
(D) Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo.

4. **(OAB/DF – 2004/2) Prisão preventiva, decretada de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do querelante, no curso do inquérito policial ou instrução criminal:**

(A) Pode ser revogada se, no decorrer do processo, verificar-se a falta de motivos para que a mesma subsista.
(B) Só pode ser revogada pelo Tribunal de Justiça competente.
(C) Uma vez revogada ou cassada, não pode ser novamente decretada.
(D) Não impede que o juiz, cessados os motivos que a determinaram, conceda liberdade provisória ao réu, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

5. **(OAB/SP – 2004/1) No que tange à prisão preventiva, é certo afirmar que, para que ocorra sua decretação, é imprescindível a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, ela se justifica:**
(A) Como garantia do processo da prisão temporária, da ordem econômica, para assegurar a execução da pena, nos crimes hediondos praticados sob o pálio das cláusulas de excludente de ilicitude.
(B) Em qualquer circunstância, se verificado pelo juiz, no conjunto probatório, que o agente praticou o fato sob o pálio das cláusulas de excludente de ilicitude.
(C) Como garantia da ordem publica e da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal.
(D) Como garantia da ordem publica e da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, somente para os crimes punidos com detenção e prisão simples.

6. **(OAB/MG – 2006/1) A respeito da prisão preventiva, esta poderá ser decretada quando:**
(A) Se tratar de crimes culposos.
(B) Se tratar de crimes punidos com reclusão.
(C) Houver prova que o fato foi cometido sob uma causa de exclusão da ilicitude.
(D) Não houver prova da autoria e materialidade do fato.

7. **(OAB/SC – 2004/1) Quanto à prisão temporária (Lei n. 7.960/89), é errado afirmar que:**
   (A) Será decretada pelo prazo de 15 dias, prorrogável por igual período, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou em face de representação da autoridade policial, em caso de extrema e comprovada necessidade, para evitar a evasão do acusado.
   (B) Na hipótese da representação da autoridade policial, o juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.
   (C) Será decretada pelo juiz, em face de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e se dará pelo prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período, em caso de extrema e comprovada necessidade.
   (D) Somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

8. **(OAB/SP – 127°) No tocante à prisão processual e à liberdade provisória, é incorreto afirmar:**
   (A) Encerrado o período da prisão temporária, sem prorrogação, a pessoa presa deve ser imediatamente posta em liberdade, independentemente de expedição de alvará de soltura pelo juiz.
   (B) Não é possível decretar nova prisão preventiva após revogação de prisão preventiva anterior.
   (C) A Lei dos Crimes Hediondos permite a apelação em liberdade.
   (D) A autoridade policial pode conceder fiança nas infrações punidas com detenção ou prisão simples.

9. **(OAB/SP – 107°) A prisão temporária poderá ser decretada:**
   (A) De ofício, pelo juiz, durante o inquérito policial ou processo.
   (B) De ofício, pelo juiz, apenas durante o inquérito policial.
   (C) Em face de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, em qualquer fase do inquérito ou processo.
   (D) Em face de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, apenas durante o incuérito policial.

10. **(OAB/SP – 111°) O oficial de justiça, munido de mandado de prisão, pode realizar a detenção do réu, condenado definitivamente por sentença transitada em julgado, a qualquer hora do dia e da noite?**
   (A) Depende do tipo de crime que o réu cometeu, se apenado com reclusão ou com detenção.
   (B) Não. A detenção do réu só poderá se efetivar com a presença de seu defensor.
   (C) Sim. A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.
   (D) Sim. A prisão poderá ser efetuada a qualquer hora do dia ou da noite e, caso necessário, com o emprego de força física.

11. **(OAB/SP – 112°) A liberdade provisória pode ser requerida em crimes graves, como o de roubo qualificado com o emprego de arma?**
   (A) Sim, não existe óbice para tal, desde que preenchidos os requisitos legais.
   (B) Não, a sociedade não pode tolerar que réus perigosos possam ser beneficiados com a liberdade provisória.
   (C) Sim, desde que não haja o emprego da referida arma de fogo.
   (D) Não, tendo em vista que a lei processual penal é clara acerca da impossibilidade do pedido de liberdade provisória.

12. **(OAB/SP – 114°) Ao indeferir o pedido de liberdade provisória, o Juiz justifica que o réu praticou crime grave ao qual é cominada a pena de reclusão. Qual a disjuntiva válida?**
   (A) Tal argumento, por si só, é inservível para indeferir o pedido de liberdade provisória.
   (B) Agiu o magistrado de acordo com o prescrito no Código de Processo Penal.
   (C) Cabe ao magistrado ponderar os argumentos pelos quais indeferiu a liberdade provisória, sendo certo que crimes apenados com reclusão encontram óbice constitucional legal para tal.
   (D) O indeferimento do pedido de liberdade provisória não precisa ser motivado pelo magistrado, ficando ao seu livre convencimento diante do caso *sub judice*.

Gabarito

1. A
2. A
3. B
4. A
5. C
6. B
7. A
8. B
9. D
10. C
11. A
12. A

12

Sentença

É o ato pelo qual o juiz extingue o processo, decidindo ou não o mérito da causa. Tomando-se esta definição, que é de sentença *stricto sensu*, no Processo Penal, podemos classificar as sentenças em:

a. Condenatórias: aquelas que acolhem a pretensão punitiva estatal, ainda que parcialmente. São seus efeitos: a prisão do réu, se for o caso; inserção do nome do réu no rol dos culpados, após o trânsito em julgado (art. 5º, LVII, da CF); gerar reincidência e repercutir em outros institutos penais, como livramento condicional e *sursis*; obrigação de reparar o dano. Acrescente-se que na sentença condenatória o juiz deverá fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, levando em conta os prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV, do CPP).

b. Absolutórias: aquelas que não acolhem a pretensão punitiva estatal. Têm como efeitos: colocação imediata do réu em liberdade, se preso; devolução da fiança, se prestada; levantamento de medida assecuratória, se imposta.

As sentenças absolutórias dividem-se em:

- *próprias*: as absolutórias puras, que não impõem qualquer restrição ao acusado (art. 386 do CPP);

- *impróprias*: as sentenças que, apesar de absolutórias, impõem ao réu medida restritiva, qual seja, a medida de segurança.

Ao prolatar decisão absolutória, o juiz está vinculado a uma das hipóteses previstas no art. 386 do Código de Processo Penal (com a nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008), conforme seus incisos (grifos nossos):

I – *Estar provada a inexistência do fato*. Trata-se de prova de que o fato, materialmente, não existiu;

II – *Não estar provada a existência do fato*. Hipótese diferente da anterior, pois aqui, as provas não foram suficientes para afirmar a inexistência do fato;

III – *Não constituir o fato infração penal*. Um fato existiu no mundo real, porém, não é considerado crime. Hipótese de fato atípico;

IV – *Estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*. A autoria ou participação, nesta hipótese, foi devidamente afastada pela prova dos autos; é afirmação categórica de que o réu não contribuiu para a prática do fato;

V – *Não haver prova de ter o réu concorrido para a infração penal*. Não se conseguiu provar, aqui, a autoria delitiva;

VI – *Existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26, e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou houver fundada dúvida sobre sua existência*. Hipótese de se verificar a existência de causas excludentes de ilicitude e excludentes de culpabilidade;

VII – *Não existir prova suficiente para a condenação*. Neste caso, as provas não são seguras de modo a amparar decisão condenatória; apesar de existirem provas, elas não autorizam juízo de certeza para condenação.

c. **Terminativas de mérito:** aquelas que julgam o mérito da causa, sem, contudo, condenar ou absolver o acusado. É o que ocorre na sentença que declara a extinção da punibilidade.

A sentença tem certas formalidades que precisam ser observadas, sob pena, até mesmo, de sua anulação. Ato jurídico de extrema importância que é, está sujeita ao perfeito atendimento dos seguintes *requisitos formais*:

a. **Relatório (art. 381, I e II, do CPP):** é um resumo de tudo o que foi praticado no processo. Deve conter, resumidamente, as teses desenvolvidas pelas partes, sob pena de nulidade. Lembre-se de que, nas infrações apuradas com base na Lei n. 9.099/95, é dispensado o relatório.
b. **Motivação (art. 381, III):** aqui deve o magistrado demonstrar as suas razões de convencimento, isto é, deve, por meio da análise da prova e das alegações das partes, dizer por que chegou a determinado entendimento.
c. **Conclusão (art. 381, IV e V, do CPP):** é a conclusão do juiz, decidindo a causa. Aqui, ele deve mencionar a indicação dos artigos de lei aplicados, sob pena de nulidade, caso não o faça.

A *publicação* da sentença se dá em mãos do escrivão, que lavrará o termo nos autos, registrando em livro próprio, conforme dispõe o art. 389 do Código de Processo Penal. Ele próprio providenciará a ciência do Ministério Público, no prazo de três dias (art. 391 do CPP).

A *intimação* da sentença, por seu turno, deverá ser feita (arts. 391 e 392 do CPP):

a. ao querelante ou assistente da acusação, pessoalmente ou na pessoa do advogado; caso não sejam encontrados, será feita por edital, no prazo de dez dias;
b. ao réu preso, pessoalmente;
c. ao réu que se livra solto ou tenha prestado fiança, pessoalmente ou ao defensor constituído, caso não tenha sido encontrado. Se este também não for localizado, proceder-se-á à intimação por edital;
d. ao defensor constituído pelo réu contra quem tenha sido expedido mandado de prisão e não tiver sido localizado. Se aquele também não for encontrado, a intimação será por edital;
e. mediante edital, se o réu que não tiver defensor constituído não for localizado.

Os prazos dos referidos editais serão de *90 dias*, caso tenha sido imposta pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano, e de *60 dias* nos demais casos.

Deve-se levar em conta que, em razão do preceituado pelo princípio da ampla defesa, deve ter preferência sempre a intimação pessoal do acusado, apesar do disposto no art. 392 do Código de Processo Penal. Quanto ao defensor, vigora a regra de que, se for constituído, será intimado via imprensa oficial, e, se for dativo, será intimado pessoalmente.

12.1 Princípio da correlação

O princípio da correlação estabelece que deve haver adequação entre o fato narrado na denúncia e aquele pelo qual o réu é condenado; é um princípio garantidor do direito de defesa do acusado. Para que exista a devida correlação, prevê o Código de Processo dois institutos que devem ser observados pelo magistrado, de acordo com o que o caso exigir. É o que veremos a seguir.

12.1.1 *Emendatio libelli* (art. 383 do CPP)

Estabelece o art. 383, do Código de Processo Penal, com a redação conferida pela Lei n. 11.719/2008, que o juiz *sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa*, pode dar-lhe definição jurídica diversa daquela constante na peça inicial, mesmo que tenha de aplicar pena mais grave. O magistrado, assim agindo, não altera a acusação, mas apenas corrige a capitulação legal que o autor da ação atribuiu ao fato.

Não há, também, que se falar em prejuízo para a defesa, pois, o réu se defende dos fatos e não da classificação legal. Pode, também, ser feita em 2º grau, salvo se o recurso for exclusivo da defesa, pois é vedada a *reformatio in pejus*.

Exemplo: a denúncia narra que o sujeito, empregando violência, empurrou a vítima ao chão e arrebatou a corrente de seu pescoço, tendo o membro do Ministério Público classificado o fato como furto (art. 155, do CP). Nada impede que o juiz corrija a classificação jurídica para roubo (art. 157, do CP) e condene o réu por tal delito.

Se em decorrência da nova classificação houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), o juiz deverá adotar as medidas previstas para a sua propositura (§ 1º). Se, contudo, verificar que se trata de infração da competência de outro juízo, encaminhará a este os autos (§ 2º).

12.1.2 *Mutatio libelli* (art. 384 do CPP)

Aqui não ocorre apenas mudança na capitulação do delito, mas implica o surgimento de uma prova nova de elemento ou circunstância da infração penal não contida na inicial, que altera a definição do fato. Nesse caso, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou a queixa subsidiária, no prazo de cinco dias, podendo arrolar até três testemunhas. Em seguida, será ouvido o defensor do acusado, também no prazo de cinco dias, podendo arrolar, por seu turno, até três testemunhas. Admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado e realização de debates e julgamento. Anote-se que na sentença o juiz está adstrito aos termos do aditamento. *Exemplos*: acusado é processado pelo crime de receptação (art. 180, *caput*, do CP), pois sabia estar na posse de carro objeto de roubo. Com a nova prova, verifica-se que ele não sabia exatamente, mas *deveria saber* (art. 180, § 3º, do CP). O fato passou de doloso para culposo, ensejando a medida em estudo; o acusado é processado pela prática do crime de receptação (art. 180, do CP), pois estava na condução de veículo objeto de roubo. Em audiência, a vítima o reconhece como o autor da própria subtração. A nova circunstância caracteriza o fato como roubo (art. 157, do CP), que implica pena bem mais grave.

Da mesma forma como dito no item anterior, se em decorrência da nova classificação houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95), o juiz deverá adotar as medidas previstas para a sua propositura. Se, contudo, verificar que se trata de infração da competência de outro juízo, encaminhará a este os autos.

Caso o Ministério Público não proceda ao aditamento, o juiz encaminhará os autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do Código. Por outro lado, se promover referido aditamento, mas o juiz não o receber, o processo prosseguirá em seus termos.

A *mutatio libelli* não pode ser aplicada em Segunda Instância, conforme Súmula 453 do STF: "Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa".

Emendatio libelli: modificação na classificação jurídica do fato.
Mutatio libelli: nova definição jurídica do fato pelo surgimento de elemento ou circunstância não contida na inicial:
– aditamento pelo MP, em cinco dias (indicando até três testemunhas);
– manifestação da defesa, em cinco dias (indicando até três testemunhas);
– audiência de instrução e julgamento (se requerida pela parte).

Questões

1. **(OAB/SP – 123°) A doutrina denomina de sentença absolutória imprópria aquela em que o juiz absolve:**
   (A) Sumariamente em processo de Júri.
   (B) E aplica medida de segurança.
   (C) Por insuficiência de prova.
   (D) Porque o fato é atípico.

2. (OAB/NE – 2004/2) O art. 386, do CPP, trata dos casos de absolvição do réu. Assinale a assertiva correta:
   (A) O juiz absolverá o réu desde que não exista prova suficiente para a condenação
   (B) O juiz absolverá o réu se ocorrer qualquer causa de extinção de punibilidade.
   (C) O juiz deverá absolver o réu quando o fato for típico, antijurídico e culpável.
   (D) O juiz não poderá absolver o réu se o defensor não fundamentar adequadamente o pedido de absolvição.

3. **(OAB/MG – 2005/3) Durante o curso de um processo criminal, com base na prova existente nos autos, constatando que uma determinada ação ilícita foi cometida por um doente mental que era, à época do fato, em virtude do seu estado patológico, inteiramente incapaz de se determinar de acordo com o seu entendimento ético-jurídico, o juiz deverá:**
   (A) Condená-lo a uma pena diminuída de um a dois terços.
   (B) Proferir sentença condenatória e substituir a pena aplicada por medida de segurança.
   (C) Proferir sentença absolutória própria.
   (D) Proferir sentença absolutória imprópria.

4. **(OAB/MG – 2006/1) A respeito da sentença no processo penal, é correto afirmar, exceto:**
   (A) A sentença no procedimento sumaríssimo deve conter fundamentação e dispositivo.
   (B) No dispositivo da sentença penal condenatória, deverá conter a fundamentação legal (artigo de lei).
   (C) A sentença penal absolutória poderá ser suspensa em virtude de recurso.
   (D) No dispositivo da sentença absolutória, deverá conter a causa da absolvição.

5. (OAB/SP – 112°) O representante do Ministério Público denuncia Horácio Jovem pela prática de crime de furto. Ocorre que, após a realização da instrução criminal e em decorrência da prova contida nos autos do processo, o juiz constata a possibilidade de nova definição jurídica do fato, posto que restou demonstrado que o acusado não havia subtraído a *res*, mas tinha precedentemente sua posse lícita. Após tal constatação, o magistrado profere, de imediato, a decisão definitiva, condenando o acusado pela prática de crime de apropriação indébita, cuja pena cominada é a mesma do delito de furto. Diante do exposto, o juiz:
   (A) Procedeu corretamente ao proferir, de imediato, o decreto condenatório, por ser hipótese de *mutatio libelli*.

(B) Agiu corretamente ao lançar, de imediato, o decreto condenatório, por ser hipótese de *emendatio libelli*.

(C) Deveria, antes de prolatar a sentença, determinar a baixa dos autos do processo à defesa.

(D) Deveria, antes de exarar a sentença, determinar a baixa dos autos do processo ao promotor de justiça para aditamento da inicial.

6. **(OAB/SP – 124°) O juiz, na sentença, em caso de réu condenado por crime de roubo qualificado consumado:**

(A) Deve, em virtude de o roubo ser crime hediondo, fixar o regime integralmente fechado.

(B) Pode admitir o início do cumprimento da pena em regime aberto.

(C) Deve, em virtude de o roubo ser crime que denota periculosidade e representa grave ofensa social, fixar, como regra, o cumprimento inicial da pena em regime fechado.

(D) Pode admitir o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.

7. **(OAB/SP – 132°) A sentença penal absolutória transitada em julgado, proferida por juiz incompetente, é:**

(A) Nula.

(B) Válida.

(C) Anulável.

(D) Inexistente.

8. **(OAB/SP – 131°) Segundo o Código de Processo Penal, o juiz, na sentença:**

(A) Poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, se não for aplicar pena mais grave.

(B) Poderá condenar, nos crimes de ação pública, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.

(C) Não poderá, em caso de absolvição, aplicar medida de segurança.

(D) Não poderá reconhecer agravante que não tenha sido alegada.

9. **(OAB/DF – 2005.02 – adaptada) Em relação à sentença penal condenatória, marque a alternativa correta:**

(A) Se, no momento de proferir a sentença, o juiz reconhecer a possibilidade de ser dada ao fato delituoso descrito na denúncia uma nova definição jurídica diversa da que ali consta, independentemente do resultado, baixará o processo para que haja prévia manifestação da defesa ou do Ministério Público.

(B) Se, no momento de proferir a sentença, o juiz reconhecer a possibilidade de ser dada ao fato delituoso descrito na denúncia uma nova definição jurídica diversa da que ali consta, baixará o processo para que haja manifestação da defesa apenas.

(C) Se, no momento de proferir a sentença, o juiz reconhecer a possibilidade de ser dada ao fato delituoso descrito na denúncia uma nova definição jurídica diversa da que ali consta, baixará o processo para manifestação da acusação apenas.

(D) Se, no momento de proferir a sentença, o juiz reconhecer a possibilidade de ser dada ao fato delituoso descrito na denúncia definição jurídica diversa da que ali consta, não terá que baixar o processo para manifestação da defesa ou do Ministério Público, ainda que, em conseqüência, tenha que aplicar pena mais grave.

Gabarito

1. B
2. A
3. D
4. C
5. D
6. D
7. B
8. B
9. D

13

Ritos Processuais

Rito ou procedimento é uma seqüência de atos organizados entre si, dirigidos a uma sentença. A Lei n. 11.719/2008 trouxe grande modificação ao tema, objetivando melhor organização e padronização das modalidades e buscando concentração dos atos processuais.

Assim, no processo penal, o procedimento se divide em *comum* e *especial* (art. 394 do CPP).

O procedimento *comum* divide-se em:

a. *ordinário*, aplicável a crimes cuja pena máxima prevista seja igual ou superior a quatro anos de privação de liberdade;

b. *sumário*, aplicável a crimes cuja pena máxima prevista seja inferior a quatro anos de privação de liberdade;

c. *sumaríssimo*, aplicável às infrações de menor potencial ofensivo (conforme Lei n. 9.099/95).

Nosso ordenamento contempla vários *procedimentos especiais*, dentro e fora do Código de Processo Penal. Neste, encontram-se os ritos do Júri, dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, dos crimes contra a honra e dos crimes contra a propriedade imaterial. Diversas Leis Especiais trazem ritos específicos para os crimes nela tratados, como a Lei de Drogas

(n. 11.343/2006). Para o nosso estudo, dividiremos os ritos em dois grupos: os disciplinados pelo Código e os disciplinados por Leis Especiais.

13.1 Ritos do Código de Processo Penal

13.1.1 Rito ordinário (arts. 394 a 405 do CPP)

É o rito destinado às infrações mais graves do ordenamento, ressalvadas aquelas que possuem rito especial, como os crimes dolosos contra a vida. Possui as seguintes fases:

- Oferecimento da denúncia/queixa
- Recebimento da denúncia/queixa (ou rejeição liminar)
- Citação
- Defesa prévia
- Absolvição sumária ou designação de audiência
- Audiência de instrução e julgamento:
  - *declarações do ofendido*
  - *oitiva das testemunhas arroladas pela acusação*
  - *oitiva das testemunhas arroladas pela defesa*
  - *esclarecimentos dos peritos*
  - *acareações*
  - *reconhecimento de pessoas e coisas*
  - *interrogatório*
  - *requerimento de diligências*
  - *alegações orais ou apresentação de memoriais*
  - *sentença*

Como alguns de seus atos já foram estudados em momentos anteriores (caso da denúncia/queixa), analisaremos os restantes.

13.1.1.1 Recebimento da denúncia/queixa (ou rejeição liminar)

Oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não rejeitá-la liminarmente, nos casos já estudados anteriormente (art. 395 do CPP), deverá recebê-la e ordenar a citação do acusado. Esta é a posição que tem se firmado como majoritária na doutrina, daí a adoção neste trabalho.

Anote-se que há posição doutrinária minoritária que sustenta não se tratar aqui efetivamente do recebimento formal da denúncia ou queixa, que torna ajuizada a ação, mas sim de um juízo preliminar de admissibilidade da inicial, analisando apenas a presença de seus requisitos mínimos. Esta posição apoia-se na redação do art. 399, *caput*, do CPP, que se refere novamente ao recebimento da inicial. Para essa corrente, o recebimento definitivo ocorre após análise de eventual absolvição sumária.

13.1.1.2 Citação

É o chamamento do réu a juízo, cientificando-o da acusação, para que se defenda. Na lição de Frederico Marques, é "o ato processual com que se dá conhecimento ao réu da acusação a ele intentada a fim de que possa defender-se e vir integrar a relação processual" (*apud* MIRABETE, 2006, p. 433). Este tem sido apontado como o objetivo primordial da citação: a ciência da imputação. Por isso mesmo, é ato indispensável; a ausência de citação acarreta nulidade absoluta, mas o comparecimento do réu a juízo supre a sua falta ou ausência (art. 570 do CPP). Contudo, tem prevalecido o entendimento de que para o comparecimento do réu suprir a falta de citação, isso deve acontecer com tempo hábil para tomar efetivamente ciência da imputação e entrevistar-se com advogado.

A citação pode ser *pessoal* (*ou real*) ou *ficta* (*ou presumida*).

Pessoal ou real é a citação feita diretamente ao acusado, por meio do oficial de justiça, que lê o mandado e colhe sua assinatura, entregando-lhe cópia da inicial. O mandado de citação indicará:

a. o nome do juiz;
b. o nome do querelante nas ações iniciadas por queixa;
c. o nome do réu, ou, se for desconhecido, os seus sinais característicos;
d. a residência do réu, se for conhecida;
e. o fim para que é feita a citação;
f. o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer;
g. a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz.

Se o acusado estiver no território nacional, em local certo e sabido, porém fora da comarca processante, deverá ser feita a citação por intermédio de *carta precatória*. Quando o juiz da comarca deprecada verificar que o réu se encontra na jurisdição de outro juiz, remeterá a carta precatória diretamente a este, desde que haja tempo para promover a citação. É o que se denomina *caráter itinerante* da precatória.

Caso o acusado esteja no exterior, em local certo e sabido, será citado por *carta rogatória*. Expedida a carta rogatória, suspende-se o prazo prescricional até seu cumprimento (art. 368 do CPP).

A citação do militar será feita por requisição ao seu superior e a do funcionário público será feita a ele diretamente, comunicando-se, porém, ao seu chefe (arts. 358 e 359 do CPP). O réu preso será citado também pessoalmente, não se aplicando mais a simples requisição que vigorava no processo penal, conforme art. 360 do Código de Processo.

Já a citação *ficta* ou *presumida* é aquela realizada por meio de edital e terá lugar quando o réu não for encontrado. Trata-se de providência excepcional, que só pode ser adotada depois de esgotados todos os meios para a localização do acusado. O edital terá prazo de 15 dias e indicará:

a. o nome do juiz que determinar a citação;
b. o nome do réu, ou, se não for conhecido, os seus sinais característicos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo;
c. o fim para que é feita a citação;
d. o juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer;
e. o prazo, que será contado do dia da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua fixação.

É importante destacar que o *art. 366 do Código de Processo Penal* estabelece que, se o réu for citado por edital e não comparecer, nem constituir advogado, serão suspensos o processo e o prazo prescricional. Nesse caso, pode o juiz determinar a produção de provas

consideradas urgentes, que serão produzidas na presença do Ministério Público e de defensor dativo. Se houver necessidade, pode o juiz também decretar a prisão preventiva do acusado.

Anote-se que a Lei n. 11.719/2008 revogou as demais hipóteses que possibilitavam a citação por edital, restando apenas a ora estudada, ou seja, quando o acusado não for localizado.

Referida lei trouxe, ainda, modificação de extrema relevância: a introdução no processo penal da *citação por hora certa* (art. 362 do CPP). Tal modalidade deverá ser adotada quando o acusado se oculta para não ser citado, procedendo-se de acordo com as regras do Código de Processo Civil, conforme aqui transcritas :

"Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca.

§ 2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência".

Efetuada a citação por hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo, que se incumbirá de sua defesa no processo (art. 362, parágrafo único, do CPP).

No que tange à revelia no processo penal, ela vai ocorrer se o réu, devidamente citado ou intimado, deixar de comparecer a ato processual em que deveria estar presente. Como decorrência, não será mais intimado para os atos posteriores. Obviamente que,

como não há possibilidade de existir processo sem defensor, este continuará exercendo normalmente sua função, sem prejuízo.

13.1.1.3 Defesa prévia (arts. 396 e 396-A do CPP)

Citado o acusado, tem ele dez dias para apresentar sua primeira defesa no processo, onde ele poderá discutir o mérito da imputação, argüir preliminares e exceções que verificar existirem, bem como requerer as diligências que entender necessárias, juntar documentos e justificações e especificar as provas que pretende produzir. Consiste também no momento destinado à apresentação do rol de testemunhas de defesa, que no rito ordinário podem chegar a oito. Se não forem arroladas as testemunhas, opera-se a preclusão do direito.

Se o acusado não apresentar a defesa no prazo legal ou se não constituir advogado, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, também no prazo de dez dias.

13.1.1.4 Absolvição sumária ou designação de audiência

Com a defesa prévia nos autos, o juiz poderá absolver o acusado sumariamente. Trata-se de importante inovação trazida pela Lei n. 11.719/2006. Nos termos do art. 397, o juiz absolverá sumariamente o acusado quando verificar:

"I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (art. 26 do CP);

III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV – extinta a punibilidade do agente."

Assim, a absolvição sumária passa a fazer parte do rito comum e pode impedir o prosseguimento da ação penal, se verificadas as hipóteses legais. Anote-se que a decisão de absolvição sumária corresponde a verdadeiro "julgamento antecipado da lide", pois o magistrado já considera ter provas suficientes para proferir sua sentença, antes mesmo da instrução. Se não for esse o caso, o juiz deverá designar audiência de instrução e julgamento.

13.1.1.5 Audiência de instrução e julgamento

Não sendo caso de absolvição sumária, o juiz designará data para audiência de instrução e julgamento, que deverá ser realizada no prazo máximo de 60 dias, determinando a intimação das partes. Buscando dar celeridade ao processo, a modificação do rito ordinário trouxe a concentração de atos probatórios e de julgamento em uma única audiência, seguindo tendência de outras Leis Especiais.

Na audiência, em primeiro lugar serão tomadas as *declarações do ofendido*, nos termos já estudados, seguindo-se a *inquirição das testemunhas* arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 do Código (oitiva de testemunha por carta precatória). As testemunhas deverão ser ouvidas de *per si*, de modo que uma não ouça o depoimento da outra, para que não exista a possibilidade de influência. Fará ela a promessa de dizer a verdade sobre o que lhe for perguntado, sob pena de ser processada por crime de falso testemunho. Importante inovação traz o disposto no art. 217 do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei n. 11.690/2008: se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente se não for possível, determinará a retirada do réu da sala de audiências, permanecendo seu defensor. Tudo deverá constar do termo. Note-se que primeiro deve o magistrado optar pela videoconferência, somente na impossibilidade de utilização é que se retirará o acusado da sala de audiências.

A testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé poderá ser contraditada, devendo o juiz, se for o caso, dispensar a testemunha ou ouvi-la como informante. As testemunhas que por doença ou idade não puderem se locomover, serão ouvidas onde estiverem (art. 220, do CPP). É permitida a oitiva de testemunha por carta precatória, de cuja expedição devem as partes ser intimadas. Tal expedição não suspende o andamento do processo, mesmo que ela seja devolvida depois do julgamento será juntada aos autos

(art. 222 do CPP). Lembre-se de que o juízo deprecante deve intimar as partes da expedição da carta precatória, mas o juízo deprecado não está obrigado a intimá-las da designação de audiência, conforme entendimento expresso do STJ na Súmula 273: "Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado".

O sistema anteriormente adotado pela lei processual para inquirição de testemunhas era o denominado *presidencialista*, onde a parte não pergunta diretamente à testemunha, mas formula a indagação ao magistrado, que repete a quem estiver depondo. Com a alteração promovida pela Lei n. 11.690/2008, a inquirição passa a ser feita de forma direta pelas partes, devendo o juiz interferir e não admitir as indagações que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. O juiz poderá complementar a inquirição se verificar que existem pontos não esclarecidos (art. 212 do CPP).

Após a oitiva das testemunhas, seguem-se os *esclarecimentos dos peritos* (mediante prévio requerimento das partes), as *acareações* e o *reconhecimento de pessoas e coisas*, e, por fim, *interroga-se o acusado*.

Terminada a instrução, as partes poderão requerer diligência que julguem necessária, tendo em vista o surgimento de algum fato ou circunstância durante a produção de provas, por exemplo, a necessidade de se ouvir uma *testemunha referida*, isto é, testemunha a quem outra testemunha se referiu em seu depoimento.

Se não houver requerimento ou se ele for indeferido pelo juiz, segue-se na audiência com os debates, onde serão oferecidas as alegações finais, oralmente, primeiro pela acusação, pelo tempo de 20 minutos, prorrogável por mais dez, e em seguida pela defesa, por igual período de tempo. Havendo dois ou mais réus, o tempo será contado separadamente para cada um e, havendo assistente de acusação, ele falará por dez minutos, logo após o Ministério Público, acrescentando-se igual tempo à manifestação da defesa. As alegações finais constituem momento para exposição da acusação e da defesa, propriamente ditas, discutindo-se e analisando-se a

prova produzida nos autos, tecendo as considerações devidas. Aqui devem ser alegadas todas as matérias preliminares e de mérito.

Oferecidas as alegações, o juiz proferirá *sentença* em audiência. Tratando-se de causa complexa ou com grande número de acusados, o juiz poderá conceder às partes o prazo de cinco dias, sucessivamente, para a apresentação de *memoriais*, isto é, as alegações orais convertidas em peça escrita. Após referida apresentação, o juiz proferirá sentença no prazo de dez dias.

Caso o juiz determine a realização de alguma diligência, a audiência será encerrada e, realizada tal diligência, as partes apresentarão seus memoriais, seguindo-se a sentença, nos termos acima expostos.

Deverá ser lavrado termo de audiência, contendo breve resumo do que nela ocorreu. O registro dos depoimentos será feito por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, sendo, neste último caso, encaminhada às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

13.1.2 Rito sumário (arts. 531 a 538 do CPP)

O rito sumário, como visto, é destinado ao processamento das infrações de média gravidade. Suas fases são:

- Oferecimento da denúncia/queixa
- Recebimento da denúncia/queixa (ou rejeição liminar)
- Citação
- Defesa prévia
- Absolvição sumária ou designação de audiência
- Audiência de instrução e julgamento:
  - *declarações do ofendido*
  - *oitiva das testemunhas arroladas pela acusação*
  - *oitiva das testemunhas arroladas pela defesa*
  - *esclarecimentos dos peritos*
  - *acareações*
  - *reconhecimento de pessoas e coisas*
  - *interrogatório*
  - *alegações orais*
  - *sentença*

O rito sumário é quase idêntico ao rito ordinário, as diferenças fundamentais encontram-se na audiência de instrução e julgamento, que deve ocorrer no prazo máximo de 30 dias, a contar do recebimento da denúncia ou queixa. Nela, será ouvido o ofendido, serão inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem e, ressalvado o disposto no art. 222 do Código (oitiva de testemunhas por carta precatória), seguindo-se os esclarecimentos dos peritos, as acareações, o reconhecimento de pessoas e coisas e o interrogatório do acusado.

Terminada a instrução seguem-se os debates, na mesma forma que disciplinado no rito ordinário, sendo proferida sentença em audiência.

Como se nota, não há momento para requerimento de diligências na audiência do rito sumário, dispondo o Código que as provas serão produzidas em uma única audiência e que nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.

Anote-se por fim que, nos termos do art. 538 do Código de Processo Penal, se o Juizado Especial Criminal enviar ao Juízo Comum as peças para que neste o processo se desenvolva, o rito adotado será o sumário.

13.1.3 Rito do júri (arts. 406 a 497 do CPP)

O Júri é previsto como garantia individual na Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XXXVIII. Tal dispositivo contém o que se denomina *Princípios Constitucionais do Júri*. São eles:

a. **Plenitude de defesa.** Há quem entenda que plenitude de defesa significa defesa ainda mais ampla do que aquela prevista para os ritos em geral, isso porque no Júri os juízes de fato são leigos, logo o acusado necessita contar com garantias ainda maiores do que no Juízo comum. É o que explica Nucci (2007, p. 79): "(...) por outro lado, no Tribunal do Júri, onde as decisões são tomadas pela íntima convicção dos jurados, sem qualquer funda-

mentação, onde prevalece a oralidade dos atos e a concentração da produção de provas, bem como a identidade física do juiz, torna-se indispensável que a defesa atue de modo completo e perfeito – logicamente dentro das limitações impostas pela natureza humana".

b. **Sigilo das votações.** Vigora no Júri o sistema da convicção íntima do julgador, motivo pelo qual ele não precisa, nem deve, justificar as razões que o levaram à decisão. Para garantir a liberdade de decisão, a votação necessita ser secreta, de modo que um não saiba o que o outro decidiu.

c. **Soberania dos veredictos.** A decisão proferida pelo Conselho de Sentença não pode ser modificada pelos Tribunais, como forma de se garantir a validade da votação popular. No máximo, pode o Tribunal sujeitar a causa a novo julgamento, mas não modificá-la em recurso ordinário.

d. **Competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.** Trata-se de competência mínima, isto é, cuidou o Constituinte de definir o que não pode ser suprimido da apreciação do Júri. Demais crimes podem ser inseridos em sua competência, dependendo da vontade do legislador ordinário. Destaque-se que os crimes dolosos contra a vida são aqueles compreendidos entre os arts. 121 e 128 do Código Penal.

O rito do Júri é bifásico ou escalonado. Divide-se em:

1) *Fase do sumário da culpa (judicium accusationis):*

- Oferecimento da denúncia/queixa
- Recebimento da denúncia/queixa (ou rejeição)
- Citação
- Defesa prévia
- Oitiva do Ministério Público ou ofendido
- Audiência de instrução

2) *Fase do juízo da causa (judicium causae):*

- Requerimento de diligências/rol de testemunhas
- Relatório e designação de julgamento
- Sessão plenária

13.1.3.1 Fase do sumário da culpa

O rito do júri sofreu profundas modificações através da Lei n. 11.689/2008. A quase identidade da primeira fase com o rito ordinário ainda permanece, pois pautou-se o legislador, em suas alterações, pela concentração de atos e busca da celeridade do processo. Vejamos seu desenvolvimento.

Recebida a denúncia ou queixa, o juiz ordenará a citação do acusado para apresentar defesa no prazo de dez dias (art. 406 do CPP). Na peça defensiva, poderá o acusado argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, em número máximo de oito. Se a resposta não for apresentada no prazo estipulado, o juiz deverá nomear defensor para oferecê-la, também no prazo de dez dias.

Com a defesa nos autos, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, no prazo de cinco dias (art. 409 do CPP). Em dez dias o juiz ordenará a intimação da testemunhas arroladas pelas partes e a realização das diligências porventura requeridas (art. 410 do CPP).

Após, segue-se audiência de instrução, onde serão colhidas as declarações do ofendido, se possível, e inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como proceder-se-á aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado (art. 411 do CPP). As provas serão produzidas em uma única audiência.

Na mesma audiência terão lugar os debates: a acusação e depois a defesa terão o prazo de 20 minutos (prorrogáveis por mais dez) para apresentar suas alegações orais. Se houver assistente de acusação, terá ele o prazo de dez minutos para manifestação, após as alegações do Ministério Público, prorrogando-se por igual período o prazo da defesa (art. 411, §§ 4º e 6º, do CPP). Encerrados os debates o juiz proferirá decisão, ou o fará no prazo de dez dias (art. 411, § 9º, do CPP).

Importante destacar que o procedimento, em sua primeira fase, deve ser encerrado no prazo máximo de 90 dias (art. 412 do CPP).

A decisão que encerra a primeira fase do rito do júri poderá seguir um dos seguintes caminhos:

a. ***pronúncia* (art. 413 do CPP):** verificando a presença de prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria ou participação, o juiz submete o réu a julgamento pelo júri. A fundamentação da pronúncia deverá limitar-se à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena, indicando os dispositivos de lei em que se encontra incurso (art. 413, § 1º). A intimação da decisão de pronúncia será feita pessoalmente ao acusado (por edital se não for encontrado), ao defensor nomeado e ao Ministério Público, e via imprensa oficial ao defensor constituído, ao querelante e ao assistente de acusação (art. 420 do CPP).
b. ***impronúncia* (art. 414 do CPP):** dá-se quando o juiz não se convence da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou participação. Esta decisão não faz coisa julgada material, ou seja, se surgirem novas provas, poderá ser oferecida nova denúncia ou queixa (art. 414, parágrafo único). O termo *despronúncia* é utilizado quando, na hipótese de recurso em sentido estrito, o juiz voltar atrás de sua decisão (juízo de retratação) ou quando o tribunal julgar procedente o recurso da defesa contra a pronúncia.
c. ***absolvição sumária* (art. 415 do CPP):** é a decisão absolutória proferida pelo juiz quando:

I – estiver provada a inexistência do fato;

II – estiver provado não ser o acusado o autor do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – estiver demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. Anote-se que não se aplica esta hipótese aos casos de inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto, exceto se for a única tese defensiva.

d. ***desclassificação* (art. 419 do CPP):** dá-se quando o juiz entende que não ocorreu crime doloso contra a vida, determinando a remessa dos autos ao juiz singular competente, se não for ele próprio. A partir daí, o acusado preso ficará à disposição do juízo que receber o processo.

13.1.3.2 Fase do juízo da causa

Preclusa a decisão de pronúncia, os autos deverão ser encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri (art. 421 do CPP). Segue-se então intimação às partes para, no prazo de cinco dias, apresentar rol de testemunhas que irão depor em plenário (máximo de cinco para cada parte), juntar documentos e requerer diligências (art. 422 do CPP).

Como se pode perceber, foram suprimidas, no novo rito, as peças denominadas libelo-crime acusatório e sua contrariedade. A primeira era responsável pela delimitação da acusação que será levada a plenário, servindo de base, inclusive, para a formulação dos quesitos pelo juiz presidente. Agora, a acusação na sessão de julgamento deve limitar-se ao que foi estabelecido na pronúncia ou pelas decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando-se ainda a existência de eventuais circunstâncias agravantes (art. 476 do CPP).

Ordenadas as diligências o juiz deverá designar data para a realização da sessão plenária. Antes que possamos estudá-la, convém traçar algumas linhas sobre a organização do júri e incidentes que podem surgir no processo.

Desaforamento (art. 424 do CPP)

É o deslocamento da competência territorial do júri, para comarca próxima, na mesma região, em razão de:

a. interesse da ordem pública;
b. dúvida sobre a imparcialidade do júri;
c. dúvida sobre a segurança do réu;
d. comprovado excesso de serviço, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de seis meses a contar da preclusão da decisão de pronúncia.

Quem decide o desaforamento é o Tribunal de Justiça, por requerimento das partes ou representação do juiz, tendo preferência de julgamento perante a Câmara ou Turma a que for distribuído. Se o motivo for relevante, o relator poderá ordenar a suspensão do julgamento pelo júri. O juiz deve ser ouvido se não for o solicitante. Não caberá o pedido na pendência de julgamento contra a pronúncia ou contra a sentença do júri, salvo se neste último caso, se referir a fato ocorrido durante ou após o julgamento anulado.

O prazo a que se refere a última hipótese de cabimento não será levado em consideração se for excedido em virtude de providências requeridas pela defesa. Se for comprovado que não há excesso de serviço, o acusado poderá requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento.

Organização do júri

O Tribunal do Júri é composto de um juiz de direito (juiz presidente) e 25 jurados, dos quais sete serão sorteados para compor o Conselho de Sentença. Anualmente deve ser organizada a lista geral de jurados, que varia em quantidade, podendo chegar a 1.500 nomes ou mais, de acordo com o número de habitantes da Comarca; dela é que serão tirados os 25 acima mencionados. Nas grandes cidades admite o Código que se forme lista de suplentes.

Pode ser jurado qualquer cidadão maior de 18 anos, de notória idoneidade. Estão isentos do serviço do júri, contudo (art. 437 do CPP):

I – o Presidente da República e os Ministros de Estado;
II – os Governadores e seus respectivos Secretários;
III – os membros do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras Distrital e Municipais;
IV – os Prefeitos Municipais;
V – os Magistrados e membros do Ministério Público e da Defensoria Pública;
VI – os servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública;

VII – as autoridades e os servidores da polícia e da segurança pública;
VIII – os militares em serviço ativo;
IX – os cidadãos maiores de 70 (setenta) anos que requeiram sua dispensa;
X – aqueles que o requererem, demonstrando justo impedimento.

O serviço é obrigatório; a recusa por motivos religiosos, filosóficos ou políticos importará no dever de prestar serviço alternativo em órgãos públicos, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar referido serviço.

Plenário

Para instalação da sessão deve haver a presença de pelo menos 15 jurados, dos 25 convocados. Se o órgão do Ministério Público não comparecer, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido. A falta injustificada do defensor fará com que o juiz nomeie defensor dativo ao acusado. A falta do assistente do Ministério Público não impedirá a realização da sessão, bem como a do acusado solto, se devidamente intimado. Ocorrerá adiamento para o primeiro dia desimpedido se o acusado preso não for conduzido, exceto se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e por seu defensor, nos termos do art. 457, § 2º, do Código de Processo Penal. Se a testemunha arrolada em caráter de imprescindibilidade não comparecer, o juiz mandará conduzi-la de plano ou adiará a sessão para o primeiro dia desimpedido, ordenando sua condução coercitiva.

Os atos seguintes devem obedecer à seguinte ordem:

a. Pregão feito pelo oficial de justiça.
b. Advertência aos jurados, sobre impedimentos, incompatibilidades e suspeição.
c. Sorteio do Conselho de Sentença, que será composto por sete jurados, podendo as partes recusar até três deles *injustificadamente*. Se houver motivo justificável, como suspeição, a recusa não se insere neste número.

d. Tomada de Compromisso dos jurados, com base no art. 472 do Código de Processo Penal, devendo o juiz, ainda, alertar a respeito da incomunicabilidade entre eles sobre os fatos do processo.

e. Tomada de declarações do ofendido, se possível.

f. Oitiva das testemunhas arroladas pela acusação. As perguntas serão formuladas diretamente pelo juiz presidente, Ministério Público, assistente, querelante e defensor, nesta ordem. Os jurados perguntam por intermédio do juiz presidente.

g. Oitiva das testemunhas arroladas pela defesa. As perguntas serão formuladas diretamente, pelo juiz presidente, defensor, Ministério Público, assistente e querelante. Os jurados perguntam por intermédio do juiz presidente.

h. Realização de acareações, reconhecimento de pessoas e coisas, esclarecimentos dos peritos e leitura de peças que se refiram exclusivamente às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não-repetíveis, se requeridos pelas partes ou pelos jurados.

i. Interrogatório do acusado. As perguntas serão formuladas diretamente pelo juiz presidente, Ministério Público, assistente, querelante e defensor. Os jurados perguntam por intermédio do juiz presidente.

j. Debates, com a exposição oral das alegações das partes:

- **Acusação:** uma hora e meia (duas horas e meia, havendo mais de um réu).
- **Defesa:** uma hora e meia (duas horas e meia, havendo mais de um réu).
- **Réplica da acusação:** uma hora (duas horas, havendo mais de um réu).
- **Tréplica da defesa:** uma hora (duas horas, havendo mais de um réu).

Havendo assistente, ele falará após o Ministério Público. Se a ação for privada, o querelante terá a palavra antes do Ministério Público.

Durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referência (art. 478 do CPP):

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

k. Indagação aos jurados, a respeito de restar algum esclarecimento a ser feito antes da votação.

l. Leitura e explicação dos quesitos em plenário.

Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

Negado por pelo menos quatro votos o primeiro ou o segundo quesito, o acusado estará absolvido. Se afirmado por pelo menos quatro votos, o jurado será indagado se absolve o acusado. Se o conselho de sentença decidir pela condenação, serão formulados quesitos sobre causa de diminuição de pena alegada pela defesa e sobre circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia.

Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas.

m. Sala secreta, onde haverá a explicação dos quesitos e a votação, depositando-se os votos de **Sim** e **Não** nas urnas respectivas. A decisão pode ocorrer por simples maioria de votos.

n. Sentença, que será proferida pelo juiz-presidente.

o. Encerramento da sessão.

p. Lavratura da ata, constando tudo o quanto se passou na sessão de julgamento.

Anote-se, para finalizar, que, nos termos do art. 474, § 2º, do Código de Processo Penal, não se admitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

13.1.4 Rito dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518 do CPP)

Trata-se do rito para processar os crimes comuns praticados por funcionários públicos contra a administração pública (arts. 312 a 327 do CP) e não os que verdadeiramente se denominam crimes de responsabilidade, que são infrações político-administrativas. A nomenclatura empregada pelo Código não está correta.

A particularidade desse rito encontra-se estampada no art. 514 do Código, estabelecendo que, oferecida a denúncia ou queixa nos crimes afiançáveis, o juiz, antes de recebê-la, notifica o acusado para apresentar *defesa preliminar*, no prazo de 15 dias. Essa providência se justifica porque, em tais crimes, basta que a peça inicial venha acompanhada de documentos ou justificação que façam presumir a existência de delito, dispensando-se, assim, o inquérito policial.

Ocorre que, nos casos em que a denúncia ou queixa se funda em elementos colhidos por inquérito, a jurisprudência tem dispensado a necessidade de defesa preliminar, conforme estampado na Súmula 330 do STJ: "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial". Após a defesa preliminar é que o juiz decide se recebe ou não a denúncia ou queixa. Recebida a inicial, *prossegue-se nos termos do rito ordinário*.

13.1.5 Rito dos crimes contra a honra (arts. 519 a 523 do CPP)

Aplica-se também ao crime de difamação, a despeito de não constar no art. 519 do Código. A explicação reside no fato de que, à época da promulgação da Lei Processual, tal delito não existia.

A particularidade deste procedimento está no art. 520, que dispõe que o juiz deve, antes de receber a queixa, designar *audiência de tentativa de reconciliação*, em que as partes serão ouvidas separadamente, sem advogados. Se o juiz perceber que é viável a reconciliação, promoverá o entendimento de ambas, na presença dos patronos. Havendo conciliação, encerra-se o processo. Não havendo, o juiz decidirá se recebe a queixa. Se ela for recebida, *segue-se nos termos do rito ordinário*.

Dispõe ainda o Código de Processo que, se for oferecida exceção da verdade ou da notoriedade do fato imputado, o querelante poderá contestá-la no prazo de dois dias, podendo ouvir testemunhas.

Quanto ao pedido de explicações, que é medida preliminar e facultativa ao oferecimento da queixa, deve-se anotar que ele segue o rito das notificações em geral. O juiz não o julga. Mesmo que não haja resposta, não está o juiz obrigado a condenar na ação penal, pois, se o fizesse, estaria ferindo a ampla defesa no processo. O pedido de explicações, assim como o inquérito policial, não interrompe o prazo decadencial.

13.1.6 Rito dos crimes contra a propriedade imaterial (arts. 524 a 530, I, do CPP)

O presente rito apresenta duas formas: uma aplicável às hipóteses em que se procede mediante queixa e outra em que se procede mediante ação penal pública. A diferença entre uma e outra vai existir apenas no que tange às providências preliminares. A fase processual propriamente dita vai seguir o *rito ordinário*. Vale para ambas, contudo, a regra de que, nos crimes que deixam vestígios, a denúncia e a queixa não serão recebidas se desacompanhadas do exame de corpo de delito (art. 525 do CPP).

Providências nos crimes de ação penal privada
Neste caso, o interessado é quem deve requerer a providência de busca e apreensão, que será realizada por dois peritos, responsáveis pela elaboração do laudo, dentro de três dias. Apresentado, o laudo será homologado pelo juiz e ficará em cartório aguardando a queixa, que deve ser oferecida no prazo de 30 dias. A partir daí, segue-se no rito ordinário.

Providências nos crimes de ação penal pública
Aqui é dispensada a intervenção da vítima. Tomando conhecimento da ocorrência de delito, a autoridade promove a apreensão dos objetos, lavrando-se termo assinado por duas testemunhas. Será realizada perícia e, depois, os bens serão entregues ao titular do direito autoral, que será depositário e poderá requerer ao juiz a destruição, se o réu não impugnar a apreensão. Após as providências preliminares, segue-se o rito ordinário.

13.2 Ritos de Leis Especiais

13.2.1 Rito sumaríssimo (Lei n. 9.099/95)

É aplicável às *infrações de menor potencial ofensivo*, que, nos termos do art. 61 da Lei, são todas as contravenções e os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa. Possui as seguintes fases:

Fase Preliminar:
- Termo Circunstanciado
- Audiência preliminar:
  - Composição civil
  - Transação penal
  - Oferecimento da denúncia/queixa

Rito Sumaríssimo:
(Audiência de instrução e julgamento)
- Defesa preliminar
- Recebimento da denúncia/queixa (ou rejeição)
- Oitiva da vítima
- Oitiva das testemunhas de acusação e de defesa
- Interrogatório
- Debates
- Sentença

Nos Juizados Especiais Criminais, antes que se inicie o rito sumaríssimo propriamente dito, devem ser seguidas algumas providências preliminares que podem, até mesmo, levar à extinção do feito, sem que exista ação penal. Vejamos, então, a *Fase Preliminar*.

Se uma infração de menor potencial ofensivo for praticada, não há instauração de Inquérito Policial; apenas é lavrado pela autoridade policial um *Termo Circunstanciado*, contendo o histórico do fato, as declarações dos envolvidos e as requisições de eventuais perícias. Trata-se de um Boletim de Ocorrência "mais elaborado" (art. 69). Finalizado o Termo, ele deve ser encaminhado ao Juizado, com as partes. Se não for possível o comparecimento imediato e se o autor do fato se comprometer a comparecer quando intimado, não se impõe prisão em flagrante, como anteriormente estudado (art. 69, parágrafo único).

É designada, então, pelo Juizado, *Audiência Preliminar*. Nela, busca-se primeiro a *composição civil* entre o autor do fato e a vítima. Havendo acordo, se a ação penal for condicionada à representação ou privada, haverá renúncia ao direito de representação ou queixa, extinguindo-se a punibilidade do agente. Não havendo acordo, a vítima terá o direito de representar ou oferecer queixa dentro do prazo decadencial.

Se for caso de ação penal pública, havendo ou não acordo, ou no caso da condicionada, havendo representação, em seguida, o Ministério Público avaliará a possibilidade de propor a *transação penal*, se não for caso de arquivamento. Esta consistirá na imediata aplicação de uma pena não privativa de liberdade, se estiverem presentes os seguintes requisitos:

a. não ter sido o agente condenado em definitivo pela prática de crime à pena privativa de liberdade (deve levar em conta prazo da reincidência);
b. não ter sido o agente beneficiado com outra transação penal no prazo de cinco anos;
c. indicarem a personalidade, a conduta social, os antecedentes do agente, bem como os motivos e as circunstâncias da infração, que a medida é suficiente para a repressão e prevenção do delito.

Aceita a transação e homologada pelo juiz, extingue-se a punibilidade do agente. Não sendo caso de transação ou se ela for rejeitada, deverá ser oferecida a denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. É aqui que se inicia o *Rito Sumaríssimo*. Reduzida a termo, uma cópia será entregue ao acusado, que ficará citado e cientificado da data em que se realizará a audiência de instrução e julgamento. Anote-se que, se a causa for complexa, o feito poderá ser remetido ao Juízo Criminal Comum.

Se o acusado não esteve presente na audiência preliminar, será regularmente citado para comparecer à audiência anteriormente referida, levando suas testemunhas ou apresentando requerimento até cinco dias antes da data designada, para intimação. Caso não seja localizado, o feito seguirá para o Juízo Criminal Comum, uma vez que não há no Juizado citação por edital, apenas citação pessoal.

Na audiência de instrução e julgamento, primeiro será tentada a conciliação, nos termos da audiência preliminar, mas apenas na hipótese em que, por algum motivo, ela não pôde ser tentada quando do momento oportuno. Se não for o caso, inicia-se a audiência de instrução, conferindo-se a palavra ao defensor do acusado para se manifestar sobre a inicial, tratando-se de verdadeira *defesa preliminar*. Depois, o juiz decide se recebe ou não a denúncia ou queixa. Recebida, há a oitiva da vítima, das testemunhas de acusação e defesa, em número de *até três*, cada parte, e, por fim, o interrogatório. Em seguida, ocorrem os debates orais, pelo tempo de 20 minutos (prorrogáveis por mais dez), primeiro a acusação e, em seguida, a defesa. Depois, o juiz profere a sentença.

Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa, bem como da sentença, caberá apelação, no prazo de dez dias.

13.2.2 Rito dos crimes de drogas

A chamada Lei de Drogas, Lei n. 11.343/2006, traz um rito especial para processamento e julgamento dos crimes nela descritos, que não se aplica, contudo, àqueles tipificados no art. 28, que serão processados mediante o Juizado Especial Criminal.

Recebidas em Juízo as peças de informação, o Ministério Público terá dez dias para oferecer a denúncia. Oferecida, o acusado será notificado para apresentar defesa preliminar também no prazo de dez dias, quando poderá discutir o mérito, oferecer documentos, requerer diligências e opor exceções. Se ela não for apresentada no prazo legal, o juiz nomeará defensor para oferecê-la. Apresentada, o juiz decidirá em cinco dias.

Recebida a denúncia, o juiz designará audiência de instrução e julgamento para os 30 dias seguintes ou 90 dias, caso tenha determinada a realização de exame de dependência do acusado. Na audiência, será interrogado o acusado e serão inquiridas as testemunhas, procedendo-se, em seguida, aos debates. O Ministério Público e o defensor do acusado terão o prazo sucessivo de 20 minutos, prorrogável por mais dez, a critério do juiz. O juiz poderá proferir a sentença de imediato ou nos dez dias que se seguirem.

Anote-se, em relação aos crimes em referência, que, em caso de prisão em flagrante, basta, para a elaboração do respectivo auto, o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. Já para a prova da materialidade do delito destinado a amparar eventual condenação, não é suficiente o referido laudo, devendo ser realizado o exame químico-toxicológico.

13.2.3 Rito dos crimes falimentares

Antes previsto no Código de Processo Penal, o rito para apuração dos crimes falimentares aparece agora na Lei n. 11.101/2005 – Lei de Recuperação Judicial e Falência. Estipula referida Lei que compete ao Juízo criminal o processamento e julgamento dos crimes falimentares (art. 183). No Estado de São Paulo, contudo, permanece em vigor a Lei n. 3.947/83, que determina o processamento do feito perante a Vara que concede a recuperação judicial ou decreta a falência.

Quanto ao procedimento, o diploma legal dispõe que o Ministério Público será intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial e, verificando a presença de elementos, promoverá a ação penal, salvo se entender necessária a instauração de inquérito policial. Pode também aguardar a apresentação da exposição circunstanciada pelo administrador judicial, se o réu estiver solto ou afiançado, caso em que deverá oferecer denúncia no prazo de 15 dias. Esgotados os prazos do órgão ministerial, a ação penal privada subsidiária da pública poderá ser promovida por qualquer credor habilitado ou pelo administrador judicial.

Recebida a denúncia ou queixa, o processo se desenvolve pelo rito sumário do Código de Processo Penal

13.2.4 Rito dos crimes de imprensa

A Lei n. 5.250/67, chamada de Lei de Imprensa, prevê rito próprio para o processamento dos crimes nela previstos, rito este que apresenta bastantes peculiaridades, daí a razão de seu estudo.

Referida Lei estabelece que a competência para julgamentos dos crimes cometidos por intermédio da imprensa será aquela onde é impresso o jornal ou periódico e o local do estúdio do permissionário ou concessionário do serviço de radiodifusão, bem como da administração principal da agência noticiosa (art. 42).

A denúncia ou queixa neste procedimento será instruída com exemplar do periódico ou notificação à empresa de radiodifusão. Oferecida a inicial, o réu será citado para apresentar defesa prévia no prazo de cinco dias. Se não for encontrado, será publicado edital no prazo de 15 dias. Se o juiz rejeitar a denúncia ou queixa, caberá recurso de apelação (art. 44, § 2º, primeira parte).

Recebida a peça inicial, decisão esta atacável por recurso em sentido estrito (art. 44, § 2º, parte final), o juiz designará data para a apresentação do réu em Juízo e data para audiência de instrução. Nela, se o réu requerer, será interrogado antes da inquirição das testemunhas, que, por seu turno, serão ouvidas, respeitando-se a ordem das acusatórias em primeiro lugar. Encerrada a instrução, acusação e defesa terão sucessivamente o prazo de três dias para apresentar suas alegações finais por escrito. Com elas nos autos, será proferida a sentença.

13.3 Suspensão condicional do processo

A Lei n. 9.099/95 trouxe, em seu art. 89, previsão de medida despenalizadora, denominada suspensão condicional do processo. Muito embora venha tal medida inserida na Lei que institui os Juizados Especiais Criminais, é ela aplicável a toda infração penal que se encaixe em seus requisitos, com exceção dos crimes julgados pela Justiça Militar (art. 90-A, Lei n. 9.099/95).

Trata-se de verdadeira transação, na qual o acusado se submete ao cumprimento de determinadas condições e, em troca, o titular da ação abre mão de nela prosseguir. É cabível quando:

1. o crime tenha pena mínima cominada não superior a um ano;
2. o acusado não esteja sendo processado;
3. o acusado não tenha sido condenado por outro crime;
4. estejam presentes os requisitos previstos no art. 77 do Código Penal.

Se aceita a proposta pelo acusado e por seu defensor, o processo ficará suspenso pelo prazo de dois a quatro anos enquanto o acusado cumpre as seguintes condições:

1. reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
2. proibição de freqüentar determinados lugares;
3. proibição de ausentar-se da comarca em que reside, sem autorização do juiz;
4. comparecimento pessoal e obrigatório em Juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Outras condições ainda podem ser estabelecidas pelo magistrado, de acordo com o caso. Se o acusado, durante a suspensão, vier a ser processado por outro crime ou deixar injustificadamente de reparar o dano (podendo fazê-lo), o benefício será obrigatoriamente revogado. Caso ele descumpra qualquer outra condição ou venha a ser processado pela prática de contravenção penal, a medida poderá ser revogada.

Decorrido o prazo estipulado, sem que tenha havido quebra das obrigações pelo acusado, o juiz declara extinta sua punibilidade. Anote-se que no período de suspensão condicional do processo não corre o prazo prescricional do crime.

Questões

1. (OAB/MG – 2003) É correto afirmar que, no procedimento penal ordinário ou comum, acusação e defesa podem, cada uma, arrolar, no máximo:
   (A) Três testemunhas
   (B) Cinco testemunhas
   (C) Seis testemunhas
   (D) Oito testemunhas

2. (OAB/SP – 129° – adaptada) O acusado poderá oferecer defesa prévia, no procedimento ordinário, no prazo de:

   (A) 2 dias após o interrogatório
   (B) 3 dias após o interrogatório.
   (C) 10 dias após a sua citação.
   (D) 5 dias após a sua citação.

3. **(OAB/MG – 2004-2 – adaptada) A respeito dos procedimentos definidos no Código de Processo Penal e leis extravagantes, é correto afirmar que, no procedimento:**
   (A) Comum, o juiz poderá deferir a realização de diligências requeridas pelas partes, finda a inquirição de testemunhas, no prazo de 24 horas, primeiro para o Ministério Público ou querelante, após 24 horas para a defesa.
   (B) Do Tribunal do Júri, somente os jurados podem desclassificar o crime doloso contra a vida, para outro da competência do juiz singular.
   (C) Sumário, não se admite a participação do assistente da acusação em audiência.
   (D) Sumaríssimo, definido pela Lei n. 9.099/95, o interrogatório do acusado é o último ato da instrução criminal.

4. **(OAB/SP – 132°) No Tribunal do Júri, se o acusado é denunciado por tentativa de homicídio, e, posteriormente, ainda durante o processo, se constata que a vítima faleceu em face da conduta inicial do acusado, pode o defensor, assistindo ao Ministério Público, solicitar:**
   (A) Que haja, por parte do Ministério Público, o aditamento da imputação por homicídio consumado ao invés de homicídio tentado.
   (B) Ao Ministério Público, que instaure novo processo criminal, agora por homicídio consumado.
   (C) Ao final do processo, a suficiente aplicação do art. 383, do CPP.
   (D) Ao juiz que adite a denúncia, substituindo a acusação de homicídio tentado por homicídio consumado.

5. **(OAB/SP – 131°) João foi acusado de ter cometido roubo qualificado em virtude do emprego de arma. Em face do crime a ele imputado:**
   (A) Não terá direito à liberdade provisória sem fiança.
   (B) Deve ser decretada sua prisão preventiva.

(C) O processo seguirá o rito sumário.
(D) Se condenado, poderá progredir de regime.

6. **(OAB/SP – 131°) Em relação ao júri, assinale a alternativa incorreta:**
(A) No sistema brasileiro, adota-se a regra da soberania dos veredictos.
(B) O corpo de jurados é composto por sete membros.
(C) Não se admite julgamento à revelia, seja o crime afiançável ou não.
(D) Admite, por uma vez, apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

7. **(OAB/PR – 2006) Assinale a alternativa correta:**
(A) O rito dos crimes cometidos por funcionário público não admite manifestação da defesa antes do juízo de admissibilidade da inicial acusatória (denúncia ou queixa).
(B) O rito das ações penais originárias e o rito dos Juizados Especiais Criminais não admitem manifestação da defesa antes do juízo de admissibilidade da inicial acusatória (denúncia ou queixa).
(C) O rito da nova lei de tóxicos e o rito ordinário admitem manifestação da defesa antes do juízo de admissibilidade da inicial acusatória (denúncia ou queixa).
(D) Nenhuma das alternativas anteriores está correta.

8. **(OAB/PR – 2006) Sobre o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, assinale a alternativa incorreta:**
(A) O presidente do Tribunal do Júri pode nomear novo defensor ao réu quando o considerar indefeso, dissolvendo o conselho de sentença e marcando novo dia para julgamento.
(B) Durante o julgamento, não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária com antecedência mínima de 3 (três) dias.
(C) Antes de dar o seu voto, o jurado poderá consultar os autos ou examinar qualquer outro elemento material de prova existente em juízo.
(D) Após os debates, o acusador poderá replicar e a defesa treplicar, sendo vedada, porém, a reinquirição das testemunhas já ouvidas em plenário.

9. **(OAB/GO – 2007) Nos processos da competência do Júri ou do Juízo singular, não havendo Assistente de Acusação habilitado, uma vez prolatada sentença, não tendo o Ministério Público interposto Recurso de Apelação, é correto afirmar que:**
(A) A sentença estará transitada em julgado, não podendo mais haver apelação por parte dos familiares da vítima.
(B) O ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, do CPP, não poderão mais interpor recurso, pois deveriam tê-lo feito antes de a sentença ser proferida.
(C) Uma vez transitada em julgado a sentença para o Ministério Público, não há de se falar em apelação em razão de não haver no processo assistente de acusação.
(D) É possível, mesmo transitada em julgado a sentença para o Ministério Público, o ofendido ou qualquer um do rol do art. 31, do CPP, interpor Apelação, ainda que não se tenha se habilitado como Assistente.

10. **(OAB/GO – 2007) Não é atribuição do juiz da Vara dos Crimes Dolosos contra a Vida:**
(A) Resolver questões de direito que se apresentarem no decurso do julgamento.
(B) Resolver questões incidentes que não dependam da decisão do Júri.
(C) Resolver questões esclarecidas na fase policial, no sentido de melhor orientar o Júri, pois, para tanto, o juiz utilizará exclusivamente seu Poder de Polícia.
(D) Resolver questões pertinentes à extinção de punibilidade até mesmo de ofício

11. **(OAB/GO – 2007) Para que o assistente do Ministério Público, por meio de seu procurador, possa atuar no plenário do Júri, deve estar habilitado com antecedência de pelo menos:**
(A) 15 dias.
(B) 5 dias.
(C) 3 dias.
(D) 48 horas.

12. **(OAB/SP – 131°) Nos processos dos Juizados Especiais Criminais, o interrogatório, na audiência única de instrução, debates e julgamento, é:**

(A) Feito após serem inquiridas as testemunhas de acusação e de defesa.
(B) O primeiro ato após o recebimento da denúncia.
(C) Feito após serem ouvidas as testemunhas de acusação e antes de serem ouvidas as testemunhas de defesa.
(D) Feito antes de o juiz receber a denúncia.

13. **(OAB/SP – 132°) A transação penal é instituto aplicável, desde que cumpridos os requisitos subjetivos:**

(A) Às contravenções penais e aos crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, com exceção dos casos cujo procedimento é especial.
(B) Aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.
(C) Às contravenções penais e aos crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.
(D) Aos crimes hediondos.

14. **(OAB/PR – 2006) Sobre o procedimento adotado no Juizado Especial Criminal, assinale a alternativa incorreta:**

(A) A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível ou por mandado.
(B) Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.
(C) Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença, caberá recurso em sentido estrito.
(D) A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio hábil de comunicação.

15. **(OAB/MG – 2007) João deseja oferecer uma queixa crime contra o jornalista que o teria difamado em nota pública em jornal de grande circulação. É correto afirmar:**

(A) João decairá do fato em seis meses, contados do dia em que veio a saber quem era o autor do ilícito.

(B) João deverá oferecer uma representação ao órgão do Ministério Público em seis meses.
(C) João deverá oferecer uma queixa crime, no prazo de três meses, contados da data da publicação.
(D) O advogado de João precisará de uma procuração, com poderes genéricos para atuar em juízo.

16. **(OAB/GO – 2007) O réu foi condenado a 05 (cinco) anos de reclusão por tráfico de drogas (Lei n. 11.343/06), embora tenha sustentado inocência durante toda instrução. Após a sentença condenatória, foi interposta Apelação. Nesse contexto, é correto afirmar:**

(A) Na fase de processo da Apelação, já no órgão *ad quem*, não é mais possível repetir atos praticados na fase de instrução, ficando a apelação restrita à prova já produzida.
(B) Pode o relator, atendendo pedido da defesa, remeter os autos ao juiz de origem para que seja refeita a instrução e, em seguida, julgar a apelação.
(C) Pode o Tribunal de Justiça, Câmara ou Turma, reinquirir testemunhas, proceder a novo interrogatório e a demais diligências antes de julgar a apelação.
(D) Uma vez proferida a sentença e interposta a apelação, não é mais possível repetir os atos inerentes à instrução, em razão da preclusão.

17. **(CESPE – 2007.1) Assinale a opção incorreta acerca do julgamento pelo tribunal do júri:**

(A) Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.
(B) As nulidades posteriores à pronúncia devem ser arguidas, sob pena de preclusão, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes.
(C) A produção ou leitura de documento novo será comunicada à parte contrária com antecedência de, pelo menos, três dias.
(D) Pode o tribunal, quando entender necessário para o julgamento do recurso, realizar novas diligências, visando à complementação das provas já carreadas aos autos, o que implica dizer que se trata de um direito do réu.

Gabarito

1. D
2. C
3. D
4. A
5. D
6. C
7. D
8. D
9. D
10. C
11. B
12. A
13. C
14. C
15. C
16. C
17. D

14

Nulidades

Nulidade é o vício que atinge o ato processual por não ter sido observada sua forma legal, podendo invalidar o próprio ato ou o processo. Pode ser de duas espécies:

a. **Nulidade absoluta:** envolve a infringência a normas ou princípios constitucionais ou infraconstitucionais garantidores de interesse público. Justamente porque diz respeito a normas de interesse público, deve ser reconhecida de ofício e não comporta convalidação, isto é, pode ser declarada a qualquer tempo, inclusive depois do trânsito em julgado da sentença. O prejuízo, aqui, não precisa ser demonstrado, é presumido. Exemplo: ausência de defesa técnica no processo.

b. **Nulidade relativa:** violação de normas infraconstitucionais garantidoras do interesse das partes. Ela pode ser convalidada se não argüida no momento oportuno e o prejuízo deve ser demonstrado. Exemplo: ausência de intimação da defesa a respeito da expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas.

Para melhor entender o tema nulidade, faz-se necessário o estudo dos *princípios* a elas relativos. Eles explicam suas regras e seu funcionamento. Tais princípios são:

1. **Princípio do prejuízo (art. 563 do CPP):** nenhum ato será declarado nulo, se, da nulidade, não houver resultado prejuízo para uma das partes (consagração da expressão *pas de nullité sans grief*). Deve-se lembrar que este princípio não se aplica à nulidade absoluta, uma vez que, nesta, o prejuízo é presumido.
2. **Princípio da instrumentalidade das formas (art. 566 do CPP):** não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Não tem sentido declarar inválido um ato inócuo, que não serviu para a apuração da verdade, somente pela inobservância da forma. O processo penal é mais do que a forma pela forma.
3. **Princípio da causalidade (art. 573, §§, do CPP):** a nulidade de um ato torna nulos os que dele dependam ou sejam conseqüência. Bastante lógica a regra, pois, se um ato viciado gerou outros atos, eles também estarão contaminados pelo vício. O próprio juiz deverá declarar quais serão atingidos.
4. **Princípio do interesse (art. 565 do CPP):** a parte não pode alegar nulidade a que tenha dado causa ou que só interesse à parte contrária. No primeiro caso, agiria ela de má-fé; no segundo, com mero caráter procrastinatório, já que não ganharia qualquer benefício com a anulação do ato.
5. **Princípio da convalidação (art. 572, I, do CPP):** as nulidades estarão sanadas se não forem alegadas no momento oportuno. Como dito, só se aplica às nulidades relativas. A propósito, o art. 571 do Código de Processo Penal estabelece o momento em que as nulidades relativas devem ser alegadas, sob pena de convalidação do ato viciado:
   a. as da instrução criminal nos ritos ordinário, do júri e especiais, na fase das alegações finais;
   b. as do rito sumário, na defesa prévia ou logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;
   c. as posteriores à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento em plenário e apregoadas as partes;

   d. as ocorridas após a sentença, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;
   e. as do julgamento em plenário, audiência ou sessão do tribunal, logo depois que ocorrerem.

14.1 Nulidades em espécie

Nos termos do art. 564 do Código de Processo Penal, haverá nulidade:

1. **Por incompetência, suspeição ou suborno do juiz.**
   A incompetência territorial traz nulidade relativa, anulando-se apenas os atos decisórios. Nos demais critérios de fixação de competência (em razão da matéria e por prerrogativa de função), a nulidade é absoluta, o mesmo ocorrendo nos casos de suspeição ou suborno do juiz.
2. **Por ilegitimidade de parte.**
   A ilegitimidade *ad causam* é hipótese de nulidade absoluta. Já a chamada *ad processum* é relativa e poderá ser sanada mediante ratificação dos atos processuais, dentro do prazo decadencial, consoante o art. 568 do Código de Processo Penal.
3. **Por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:**
   a. *Denúncia ou queixa e representação.*
      Não haverá processo sem denúncia ou queixa, ou seja, sem a petição inicial que vai provocar a jurisdição, bem como se faltar a condição da representação, que é condição de procedibilidade. Se faltar requisito essencial a uma delas, também haverá nulidade.
   b. *Exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos crimes que deixam vestígios, se essa falta não for suprida pela prova testemunhal.*
      Como já visto, nos crimes não transeuntes, o exame pericial é indispensável, podendo ser suprido, em caso de desaparecimento dos vestígios, pela prova testemunhal. Não realizado o exame, tem-se a nulidade.

c. *Nomeação de defensor ao réu presente, que não o tiver, ou ao ausente.*

Em razão da regra da ampla defesa, constitui nulidade absoluta a não-nomeação de defensor ao acusado, valendo apontar, a esse respeito, a Súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Lembre-se ainda de que, primeiro, deve-se abrir a oportunidade para que o acusado escolha seu defensor. Não o fazendo, deverá o juiz nomear-lhe um. O Código de Processo estipula também a necessidade de nomeação de curador ao menor de 21 anos, mas é entendimento unânime que o dispositivo foi derrogado pelo novo Código Civil.

d. *Intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação penal pública ou privada subsidiária da pública.*

Decorre da indisponibilidade da ação pelo Ministério Público, no que toca à ação penal pública. A não-intervenção na ação penal privada subsidiária da pública se estende, na verdade, às outras modalidades de ação privada, pois em todas ele exerce a função de *custos legis*. Nestas, a não-intervenção é nulidade relativa, justamente por não ser o órgão ministerial parte.

e. *Citação do réu para ver-se processar, seu interrogatório, quando presente, e prazos concedidos às partes.*

A falta de citação constitui nulidade absoluta, mas ela poderá ser suprida pelo comparecimento espontâneo do réu no processo (art. 570 do CPP), conforme estudado anteriormente. Os demais atos, da mesma forma, consistem em nulidade absoluta.

f. *Sentença de pronúncia, libelo e respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos do júri.*

A ausência da decisão de pronúncia é causa de nulidade absoluta. Quanto ao libelo, muito embora o dispositivo não

tenha sido expressamente revogado pela Lei n. 11.689/2008, lembre-se que ele deixou de existir, permanecendo no rito do júri apenas a indicação de rol de testemunhas.

g. *Intimação do réu para a sessão de julgamento no júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia.*

Como visto, o novo rito do júri permite que o réu não esteja presente na sessão de julgamento, porém, a intimação deve sempre ocorrer, sob pena de nulidade.

h. *Intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei.*

Tal ausência de intimação constitui nulidade relativa, ou seja, a parte deve demonstrar o prejuízo dela decorrente. Anote-se que em razão das modificações acima apontadas, não há que se falar em libelo e sua contrariedade, apenas em indicação de rol de testemunhas pelas partes.

i. *Presença de pelo menos 15 jurados para a constituição do Júri.*

Tal regra existe para que se possa garantir o número de sete componentes do Conselho de Sentença, levando-se em conta as recusas imotivadas e motivadas, se houver.

j. *Sorteio dos jurados do Conselho de Sentença em número legal e sua incomunicabilidade.*

São causas de nulidade absoluta.

k. *Quesitos e respectivas respostas.*

São causas de nulidade absoluta, conforme a Súmula 156 do STF: "É absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, por falta de quesito obrigatório".

l. *Acusação e defesa, na sessão de julgamento.*

Aqui não se trata apenas do Júri, como também de qualquer audiência em que deva haver debates.

m. *Sentença.*

A ausência de sentença, bem como de qualquer requisito que nela seja essencial, traduz nulidade absoluta.

n. *Recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido.*

A ausência do reexame obrigatório não só anula o processo como impede o trânsito em julgado da decisão.

o. *Intimação, nas decisões estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso.*
A nulidade, nesses casos, dar-se-á em relação aos atos que decorrem da decisão e não dela propriamente. Trata-se de nulidade absoluta.

p. *Nos tribunais, o* quorum *legal para o julgamento.*
Os órgãos colegiados devem atender ao número mínimo para sua composição. Sem ele, haverá nulidade absoluta.

4. *Por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.*
Se o ato reveste-se de alguns requisitos para a sua validade, a inobservância ou ausência de um desses requisitos vai fulminá-lo com nulidade.

5. *Por deficiência dos quesitos ou das suas respostas e contradição entre estas (art. 564, parágrafo único).*
Nulidade absoluta, pois está viciada a decisão popular.

Questões

1. **(OAB/SP – 129º) Segundo o Código de Processo Penal, é nulidade sanável a resultante de:**
   (A) Omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.
   (B) Falta do exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios.
   (C) Falta de libelo nos processos de competência do Júri.
   (D) Falta do dispositivo na sentença.

2. **(OAB/PE – 2003/2) Quanto às nulidades, é correto afirmar que:**
   (A) No processo de competência do Tribunal do Júri, as nulidades que se verificarem depois da pronúncia deverão ser argüidas logo que seja anunciado o julgamento e apregoadas as partes.

   (B) As nulidades da instrução criminal nos processos comuns devem ser argüidas após o término da inquirição das testemunhas, no fim da audiência.
   (C) As nulidades da instrução criminal dos processos de competência do Júri devem ser argüidas no prazo de contrariedade do libelo.
   (D) As nulidades do julgamento em plenário devem ser argüidas, em segunda instância, por ocasião da sustentação oral.

3. **(OAB/MG – 2005/3) A respeito das nulidades e irregularidades no processo penal, é correto afirmar que:**
   (A) Os vícios no inquérito policial não geram nulidade no processo penal.
   (B) O vício na intimação para oferecimento das alegações finais é mera irregularidade, não atingindo a sentença proferida sem as alegações.
   (C) A ausência do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunha é mera irregularidade.
   (D) A ausência da intimação pessoal do acusado na fase da pronúncia é mera irregularidade.

4. **(OAB/SP – 121º) Pelo princípio da instrumentalidade das formas:**
   (A) Um recurso poderá ser recebido por outro, salvo hipótese de má-fé.
   (B) Não se declarará nulo o ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.
   (C) O Ministério Público não poderá desistira de ação por ele interposta.
   (D) O juiz está obrigado a decidir em conformidade com a prova dos autos.

5. **(OAB/GO – 2007) As nulidades, no processo penal brasileiro, previstas no art. 564, alíneas "d", "e", "g" e "h", do Código de Processo Penal Brasileiro, serão consideradas sanadas quando:**
   (A) Argüidas depois de prolatada a sentença, independentemente da demonstração de prejuízo.
   (B) Argüidas, mesmo que, já ocorrendo a preclusão, for demonstrado prejuízo.

(C) Não forem argüidas em tempo oportuno, conforme estabelece a lei, ou se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

(D) Argüidas, pois a argüição poderá ser feita a qualquer tempo ou grau de jurisdição, visto que no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade substancial.

6. **(OAB/GO – 2007) No Processo Penal Brasileiro, é correto afirmar:**

(A) A nulidade, quando ocorrida durante o julgamento no plenário do Júri, deve ser arguida nas razões de recurso.

(B) A nulidade, por ser uma questão de ordem pública, deve ser declarada no momento de sua ocorrência, mesmo que o ato impugnado não haja influído na apuração da verdade substancial ou na própria decisão da causa.

(C) De acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores, em matéria processual, a defesa deficiente equivale-se à falta de defesa, acarretando nulidade absoluta.

(D) É relativa a nulidade decorrente da inobservância da competência penal por prevenção.

7. **(OAB/MG – 2007) Sobre a teoria das nulidades, marque a alternativa correta:**

(A) O ato irregular continua produzindo efeitos até a declaração de nulidade.

(B) Na nulidade relativa, o prejuízo não precisa ser demonstrado.

(C) A declaração de nulidade de um ato processual sempre alcança os atos pretéritos.

(D) A nulidade absoluta deve ser argüida dentro do prazo determinado pela lei processual, sob pena de preclusão.

8. **(OAB/SP – 110°) Um indivíduo brasileiro, residente no Canadá com endereço completo constante dos autos, foi denunciado pela prática de "tráfico ilícito de entorpecentes". Citado por edital, com prazo de trinta dias, não atendeu ao chamamento, porém constituiu defensor. Em alegações finais, o Ministério Público pediu a sua condenação e, por força dela, a expedição de mandado de prisão. A defesa, por sua**

vez, alegou, em preliminar, a nulidade processual a partir da citação, argumentando que esta deveria ter sido feita por carta rogatória. Ao prolatar a sentença, o Magistrado deverá:

(A) Rejeitar a preliminar argüida pela defesa, pois o acusado foi citado conforme determina a lei processual.

(B) Rejeitar a preliminar argüida pela defesa, como pretendido pelo Ministério Público.

(C) Acatar a preliminar e anular os autos a partir da citação, pois o acusado deveria ter sido citado mediante carta precatória.

(D) Acatar a preliminar e anular os autos a partir da citação, pois o acusado deveria ter sido citado mediante carta rogatória.

9. **(OAB/SP – 111°) Ribas, estagiário de escritório de advocacia, é nomeado pelo juiz para exercer a defesa de réu em processo penal, em comarca de difícil acesso, onde só existem dois advogados. Diante disto, é possível asseverar que:**

(A) Diante da falta de advogados na comarca, é possível a nomeação de estagiários para a defesa dativa.

(B) Os atos praticados pelo estagiário têm plena validade, desde que o réu seja absolvido.

(C) O processo não padece de nulidade, desde que o estagiário tenha registro na OAB local.

(D) O processo padece de nulidade absoluta, eis que estagiários não possuem capacidade postulatória.

10. **(OAB/SP – 113°) O magistrado, quando da lavratura da sentença, adota o relatório efetuado pelo estagiário concursado da Magistratura, sem transcrevê-lo novamente por medida de economia processual. Assim:**

(A) O estagiário pode realizar o relatório, pois se trata de atribuição de sua competência.

(B) A sentença tem plena validade, eis que o estagiário é concursado.

(C) A sentença está eivada de nulidade absoluta.

(D) Não se pode dizer que a sentença é nula de pleno direito, podendo ser convalidada pelas partes mediante manifestação expressa neste sentido.

Gabarito

1. A
2. A
3. A
4. B
5. C
6. D
7. A
8. D
9. D
10. C

15

Recursos

15.1 Teoria geral dos recursos

Recurso é o meio de impugnação de uma decisão, visando a sua anulação ou reforma. Há *anulação* de uma decisão quando ocorre *error in procedendo* por parte do juiz, ou seja, o juiz não observou normas de direito processual. *Exemplo*: sentença sem fundamentação. Há *reforma* quando ocorre o *error in judicando*, ou seja, muito embora o juiz tenha observado as normas processuais, equivocou-se quanto às normas de direito material, equivocou-se ao apreciar o mérito da causa. *Exemplo*: sentença que condena o réu sem provas. Decorrem os recursos do princípio do *Duplo Grau de Jurisdição*.

15.1.1 Pressupostos recursais

A doutrina costuma apontar os seguintes pressupostos recursais, que dizem respeito ao seu recebimento, ou seja, análise de sua admissibilidade. Podem ser divididos em:

1) Objetivos

a. *Cabimento*: o recurso deve ter previsão legal. Exemplo: o agravo de petição não existe no processo penal.

b. ***Adequação***: o recurso deve ser adequado à decisão que se quer atacar. Via de regra, a lei processual penal prevê um recurso adequado para cada decisão – *unirrecorribilidade*. Deve-se atentar, contudo, para o princípio da fungibilidade dos recursos, consagrado no art. 579 do Código de Processo Penal, que estabelece que o recurso pode ser recebido em lugar de outro, desde que não tenha havido má-fé ou erro grosseiro.
c. ***Tempestividade***: a interposição deve ser feita dentro do prazo previsto em lei.
d. ***Regularidade formal***: o recurso deve preencher as formalidades legais para ser recebido. Alguns recursos, como a apelação e o recurso em sentido estrito, podem ser interpostos pelo próprio acusado, no termo respectivo. Outros dependem de petição assinada por advogado.

2) Subjetivos

a. ***Legitimidade***: o recurso deve ser interposto por quem é parte ou por quem a lei autorize, mesmo não sendo parte, como na apelação supletiva, por exemplo, que será adiante estudada.
b. ***Interesse***: o interesse decorre da sucumbência, isto é, pode recorrer a parte que não foi atendida pelo provimento judicial ao menos em parte do seu pedido.
c. **Inexistência de fatos *impeditivos* ou *extintivos*:**
Impeditivos são aqueles que surgem antes da interposição, impedindo-a. Pode ocorrer pela *renúncia* ao direito de recorrer. *Extintivos* são os que surgem depois da interposição e impedem o conhecimento do recurso. Ocorrem na *desistência*, com a manifestação do desejo de não prosseguir com o recurso, e na *deserção*, que consiste na falta de preparo, isto é, no ato de não recolher as custas devidas, onde houver previsão para tanto. Anote-se que tem-se entendido que não há mais se falar em deserção pela fuga do réu, após ter apelado, tendo em vista as novas regras do CPP e a regra contida na já mencionada Súmula 347 do STJ: "O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão".

15.1.2 Efeitos dos recursos

a. **Devolutivo:** presente em todos os recursos, é a possibilidade de a Instância Superior conhecer, reexaminar a matéria atacada.
b. **Suspensivo:** este efeito obsta a eficácia da decisão até o julgamento do recurso. Ocorre dependendo do caso concreto. Exemplo: a apelação de sentença absolutória não tem efeito suspensivo, isto é, o réu é solto, se estiver preso.
c. **Extensivo:** no caso de crime praticado em concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus se estende aos demais, se não se amparar em motivos de caráter pessoal (art. 580 do CPP).
d. **Regressivo ou iterativo:** possibilita ao próprio Juízo recorrido voltar atrás em sua decisão. É o chamado "juízo de retratação".

15.1.3 *Reformatio in pejus*

Consiste na possibilidade de o tribunal prejudicar a situação processual do réu, em virtude de recurso exclusivo da defesa. É vedada em nosso processo penal. Adota-se, portanto, o princípio da *ne reformatio in pejus* (art. 617 do CPP).

Costuma-se apontar um desdobramento do princípio em questão: a *reformatio in pejus indireta*, isto é, anulada a sentença condenatória em virtude de recurso exclusivo da defesa, não pode ser prolatada decisão mais grave que a anulada, quando da nova sentença.

Quanto ao oposto, ou seja, a *reformatio in mellius*, ou melhora da situação do réu, em recurso exclusivo da acusação, tem a jurisprudência admitido-a, sob o fundamento de que a liberdade do acusado não pode ser sobreposta por uma regra processual.

15.1.4 Recurso de ofício

É o nome dado à hipótese em que o juiz está obrigado a submeter a sua decisão a reexame pelo tribunal. Melhor, portanto, a nomenclatura "reexame necessário", já que soa, no mínimo, estranho o juiz recorrer de sua própria decisão.

Hipóteses:

a. concessão de *habeas corpus* em 1ª Instância (art. 574, I, do CPP);
b. absolvição sumária no rito do júri (art. 574, II, do CPP);
c. concessão de reabilitação criminal (art. 746 do CPP);
d. rejeição da denúncia ou absolvição em crimes contra a economia popular (art. 7º da Lei n. 1.521/51).

15.2 Recursos em espécie

15.2.1 Recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP)

É o que se destina a possibilitar o reexame das matérias previstas no art. 581 do Código de Processo Penal. A posição majoritária da doutrina aponta para a taxatividade do rol, apesar de respeitáveis opiniões em contrário. De qualquer forma, estabelece referido artigo que caberá recurso em sentido estrito:

a. *Da decisão que rejeitar a denúncia ou a queixa.*
Há exceções na legislação processual, quanto a essa decisão nos crimes de imprensa (art. 44, § 2º, da Lei n. 5.250/67) e nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 82 da Lei n. 9.099/95), em que é desafiada por apelação.
b. *Da decisão que concluir pela incompetência do Juízo.*
Trata-se da decisão que reconhece a incompetência de ofício e não a exceção oferecida pelas partes.
c. *Da decisão que julgar procedente exceção, salvo a de suspeição.*
Como visto anteriormente, no caso da exceção de suspeição não cabe o recurso porque ela é julgada pela segunda instância.
d. *Da decisão que pronunciar o réu.*
A decisão que encerra a primeira fase do rito do júri e inaugura a segunda é impugnável por recurso em sentido estrito. Outras decisões proferidas nesta fase tornaram-se impugnáveis por apelação (Lei n. 11.690/2008).

e. *Da decisão que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante.*
f. *Da decisão que julgar quebrada a fiança ou perdido seu valor.*
g. *Da decisão que decretar a prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade.*
A decisão, portanto, que declara extinta a punibilidade do acusado, apesar de ser definitiva, é atacada por recurso em sentido estrito e não por apelação.
h. *Da decisão que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição ou de outra causa extintiva da punibilidade.*
A diferença em relação à previsão anterior é que aqui foi feito requerimento, pela parte, para a declaração de extinção da punibilidade, enquanto, na outra, a decisão é de ofício.
i. *Da decisão que conceder ou negar a ordem de* habeas corpus.
Refere-se à decisão proferida por juiz, em primeira instância. Esta decisão também se sujeita, como visto, ao reexame necessário.
j. *Da decisão que anular o processo da instrução criminal, no todo ou em parte.*
k. *Da decisão que incluir jurado na lista geral ou desta o excluir.*
A hipótese cuida da lista anual que contém o nome dos jurados selecionados para trabalharem nas sessões do Júri. Esta lista pode ser impugnada no prazo de 20 dias, dirigindo-se o recurso diretamente ao presidente do Tribunal de Justiça.
l. *Da decisão que denegar a apelação ou julgá-la deserta.*
Trata-se de juízo de admissibilidade do recurso de apelação.
m. *Da decisão que ordenar a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial.*
n. *Da decisão que decidir o incidente de falsidade.*
Trata-se do incidente de falsidade documental.

As demais hipóteses, contidas no art. 581, perderam a aplicação em razão de se tratar de matéria de execução penal, que passou a ser disciplinada pela Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal, com exceção do último inciso, tacitamente revogado pela Lei n. 9.268/96. São eles: incisos XI, XII, XVII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV.

O recurso em sentido estrito possibilita ao próprio juiz recorrido uma nova apreciação da questão, antes da remessa dos autos à Segunda Instância – o que se denomina juízo de retratação. Se ele o fizer, a parte contrária, por simples petição, poderá recorrer da nova decisão, se for recorrível, não podendo mais o juiz modificá-la.

O *prazo* para sua interposição é de *cinco dias*. As razões devem ser apresentadas em *dois dias* e no mesmo prazo as contra-razões (art. 588 do CPP). Lembre-se da hipótese que impugna a lista geral de jurados, na qual o prazo é de *20 dias*, e do recurso endereçado ao presidente do Tribunal de Justiça.

15.2.2 Apelação (art. 593 do CPP)

É o recurso interposto das sentenças definitivas de condenação ou absolvição e das decisões definitivas ou com força de definitiva, quando não caiba recurso em sentido estrito, incluindo-se, agora, as sentenças de impronúncia e absolvição sumária, por força do art. 416 do CPP.

No rito do Júri, em razão da garantia de soberania dos veredictos, o cabimento da apelação não é completamente amplo, ditado pelo mero inconformismo do apelante, e sim está restrito às hipóteses previstas no Código. Nos termos do art. 593, III, caberá apelação das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri quando:

a. ***Ocorrer nulidade posterior à pronúncia.*** O julgamento é anulado e o réu submetido a outro.
b. ***A sentença do juiz presidente for contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados.*** O tribunal reforma e retifica a sentença, já que não se trata da decisão do Conselho de Sentença, não havendo, portanto, novo julgamento.
c. ***Houver erro ou injustiça na aplicação da pena.*** O tribunal retifica a dosagem da pena, não havendo necessidade de novo julgamento.

d. ***Decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos.*** Realiza-se novo julgamento. A apelação por este fundamento só é cabível uma única vez.

Na apelação, não se pode formular novo pedido, até então inexistente nos autos. Só se procede ao reexame de matéria já discutida em primeira instância. Assim, de acordo com a matéria que será discutida, pode ser *ampla* ou *limitada*, ou seja, pode-se apelar da decisão por inteiro ou de parte dela. Dessa forma, o Tribunal estará preso aos limites do apelo, adotando-se o princípio *tantum devolutum quantum apellatum*. O limite do apelo é fixado na interposição deste e não quando da apresentação das razões.

Quanto à *legitimidade*, pode apelar o réu, mesmo que a sentença seja absolutória, desde que seja visando alterar o fundamento da absolvição, para o fundamento que melhor lhe aproveite. O Ministério Público não pode apelar de sentença absolutória na ação penal privada. Em caso de sentença condenatória, ele pode apelar em favor do réu, seja ação pública ou privada, na função de *custos legis*.

O assistente de acusação tem legitimidade supletiva, ou seja, poderá apelar se o Ministério Público não o fizer. Quanto à possibilidade de apelar para aumentar a pena, boa parte da doutrina não admite tal hipótese, pois se coloca ao lado do entendimento de que seu interesse é a condenação para a formação do título executivo judicial, apenas. Poderá o assistente, contudo, arrazoar o recurso interposto pelo Ministério Público.

O prazo para interposição da apelação é de cinco dias e para a apresentação das razões, oito dias, o mesmo para as contra-razões. No caso da apelação supletiva, terá o assistente de acusação os mesmos cinco dias para interpor a apelação, se já estiver habilitado nos autos, e 15 dias se não estiver. O art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal faculta ao apelante apresentar as razões em Segunda Instância, desde que declare na interposição do recurso. Na Lei n. 9.099/95, o prazo é de dez dias, com razões já inclusas.

15.2.3 Embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único, do CPP)

São recursos cabíveis quando não for unânime a decisão de Segunda Instância prejudicial ao acusado, no julgamento de recurso em sentido estrito e de apelação (e agravo em execução, para alguns). Trata-se, portanto, de recursos exclusivos da defesa.

Diferenciam-se os recursos apenas pela matéria neles veiculada. Os *infringentes* versam sobre matéria de mérito e os de *nulidade*, sobre questão processual, ou, como o próprio nome diz, nulidades.

Só pode ser objeto de discussão nos embargos a matéria divergente, desfavorável ao acusado. Assim, as razões do recurso estão adstritas a tecer argumentação sobre o voto vencido. A título de exemplo, se o réu recorreu pleiteando sua absolvição e os três desembargadores rejeitaram seu pedido, mas um deles votou pela redução da pena, só o que se poderá discutir nos embargos é a referida redução da pena.

O prazo para oposição é de dez dias.

15.2.4 Embargos de declaração (arts. 382 e 619 do CPP)

É o recurso endereçado ao próprio prolator da decisão, seja juiz ou tribunal, a fim de declarar, isto é, esclarecer ou completar a decisão que contenha obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão.

No Código de Processo Penal, o prazo para interposição é de dois dias, tendo como efeito a interrupção do prazo dos demais recursos. Já na Lei n. 9.099/95, o prazo é de cinco dias, tendo como efeito a suspensão do prazo dos demais recursos.

15.2.5 Carta testemunhável (art. 639 do CPP)

Recurso cabível da decisão que não recebe ou nega seguimento ao recurso em sentido estrito (e, para alguns, do agravo em execução).

Deve ser requerida, no prazo de 48 horas, ao escrivão diretor do Cartório Judicial, com a indicação das peças que formarão o instrumento. O escrivão dará recibo da petição à parte e, no prazo máximo de cinco dias, fará entrega da carta. Também conta com o juízo de retratação por parte do magistrado. As razões devem ser apresentadas no prazo de dois dias.

15.2.6 Agravo em execução (art. 197 da Lei n. 7.210/84)

É o recurso cabível de todas as decisões proferidas pelo Juízo das Execuções Criminais, tais como: unificação de penas, progressão de regime, saída temporária, livramento condicional, entre outras.

Por falta de previsão legal, segue o mesmo procedimento do recurso em sentido estrito, incluindo o prazo de cinco dias para a interposição (Súmula 700 do STF: "É de 5 (cinco) dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal") e de dois dias para apresentação de razões e contra-razões, admitindo-se, também, o juízo de retratação.

15.2.7 Recurso ordinário constitucional (arts. 102, II e 105, II, *a*, da CF e arts. 30 a 35 da Lei n. 8.038/90)

Trata-se de recurso previsto na Constituição da República e será cabível, em matéria criminal, da:

a. *Decisão denegatória* de habeas corpus e *mandado de segurança em Tribunais*. Se a decisão for proferida por Tribunal Superior, será julgado pelo Supremo Tribunal Federal; se proferida por Tribunal Estadual ou Tribunal Regional Federal, será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.
b. *Decisão que julga crimes políticos*. A competência para julgamento é do Supremo Tribunal Federal.

O recurso deve ser endereçado ao presidente do tribunal competente, e o prazo para interposição é de cinco dias, no caso de *habeas corpus*, e de 15 dias, no caso de mandado de segurança, ambos com as razões já inclusas.

15.2.8 Recurso especial (art. 105, III e arts. 26 a 29 da Lei n. 8.038/90)

O recurso especial, também de previsão constitucional, é dirigido à discussão de matéria de direito, não se admitindo reexame dos fatos. A competência para julgamento é exclusiva do Superior Tribunal de Justiça e caberá da decisão proferida pelos Tribunais Estaduais ou Tribunais Regionais Federais quando:

a. contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
b. julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
c. der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O recurso especial deve ser interposto perante o tribunal recorrido e estará sujeito a rigoroso exame de admissibilidade. Além da verificação de seu cabimento, só será admitido se houver esgotamento das vias recursais e houver também prequestionamento da matéria, isto é, só se discute, neste recurso, matéria que já foi examinada pelas instâncias inferiores.

O prazo para interposição é de 15 dias, com as razões inclusas. Caso seja negado seguimento pelo tribunal recorrido, caberá agravo de instrumento (também denominado agravo de despacho denegatório de recurso especial) no prazo de cinco dias.

15.2.9 Recurso extraordinário (art. 102, III, da CF e arts. 26 a 29 da Lei n. 8.038/90)

Recurso constitucional de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, destinado a discutir matéria de direito e jamais reexame da matéria fática, cabível da decisão que:

a. contrariar dispositivo da Constituição da República;
b. declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c. julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição da República;
d. julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Valem para o recurso extraordinário as mesmas regras já expostas para o recurso especial, ou seja, ele deve ser interposto perante o tribunal recorrido, ficando aí sujeito ao exame de admissibilidade. Além da verificação de seu cabimento, só será admitido se houver esgotamento das vias recursais e houver também o prequestionamento da matéria. Exige-se ainda, para admissão do recurso extraordinário, a demonstração de repercussão geral, isto é, deve o recorrente demonstrar que a matéria é relevante, de interesse geral e não apenas daquele caso em particular.

O prazo para interposição é de 15 dias, com as razões inclusas. Caso seja negado seguimento pelo tribunal recorrido, caberá agravo de instrumento (também denominado agravo de despacho denegatório de recurso extraordinário) no prazo de cinco dias.

15.2.10 Revisão criminal (art. 621 do CPP)

Ação penal de caráter rescisório, dirigida contra sentença condenatória transitada em julgado. Muito embora esteja elencada no Código de Processo Penal entre os recursos, vigora o entendimento de que se trata realmente de ação.

É admitida nas seguintes hipóteses:

a. sentença contra texto expresso de lei ou contra a evidência dos autos;
b. sentença fundada em provas falsas;
c. quando surgirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que autorize a redução da pena.

A revisão criminal, como dito, só pode ser proposta para rescindir sentença condenatória, nunca contra sentença absolutória, ou seja, não é ela admitida *pro societate*. Têm legitimidade para figurar no pólo ativo o próprio sentenciado ou procurador habilitado. Se for ele falecido, poderão ingressar o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CADI). Essa enumeração é taxativa e seqüencial, ou seja, deve obedecer à ordem de vocação.

Nota-se, então, que não há prazo para propositura da revisão criminal, podendo ocorrer o ingresso até mesmo após a morte do sen-

tenciado. Não se admite a reiteração do pedido, se não for amparado em provas novas. A revisão sempre será interposta perante o tribunal prolator da decisão, sendo o tribunal de Segunda Instância o competente, quando se impugna decisão de primeiro grau. O julgamento nos tribunais dar-se-á pelo plenário ou por intermédio de grupos de câmaras ou turmas e o relator será um desembargador ou ministro que não tenha proferido decisão em nenhuma fase do processo.

Acolhido o pedido revisional, o Tribunal poderá absolver o sentenciado, reduzir sua pena ou declarar a nulidade do processo (art. 626 do CPP).

15.2.11 *Habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CF e art. 647 do CPP)

Da mesma forma que a revisão criminal, a despeito de haver recebido tratamento de recurso pelo Código de Processo Penal, não é o *habeas corpus* recurso. É ação de impugnação, destinada a fazer cessar coação ou ameaça de coação a direito de locomoção da pessoa, por ilegalidade ou abuso de poder (ou seja, constrangimento ilegal).

Daí derivam duas espécies de *habeas corpus*, o *liberatório*, destinado a fazer cessar o constrangimento ilegal já existente, e o *preventivo*, destinado a impedir que o constrangimento ilegal se efetive. Deste último, expedir-se-á *salvo-conduto*, para impedir a efetivação da coação.

O Código de Processo Penal, em seu art. 648, traz enumeração do que se entende por constrangimento ilegal:

a. quando houver falta de justa causa (para a ação, prisão ou investigação);
b. quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
c. quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
d. houver cessado o motivo que autorizou a coação;
e. quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei autoriza;
f. quando o processo for manifestamente nulo;
g. quando estiver extinta a punibilidade.

Qualquer pessoa poderá impetrar ordem de *habeas corpus* em seu favor ou em favor de outrem (podendo até mesmo ser analfabeto), inclusive o Ministério Público, sendo denominado *impetrante*. Aquele em favor de quem se impetra a ordem, ou seja, quem sofre a coação ilegal, é denominado *paciente*, que deve ser sempre pessoa física. Quem pratica o constrangimento ilegal é chamado de *autoridade coatora*, ou até mesmo *coator*. É posição majoritária a que admite possa figurar como coator um particular, por exemplo, o diretor de um hospital particular que impede a saída de paciente que teve alta, porque não pagou as despesas.

A ordem será impetrada sempre perante o órgão judiciário imediatamente superior à instância da autoridade coatora, que poderá requisitar as informações desta. Não há prazo estabelecido para impetração de *habeas corpus*.

Questões

1. **(OAB/NE – 2005) Da decisão que julgar extinta a punibilidade do acusado, cabe o seguinte recurso:**
   (A) Apelação.
   (B) Recurso em sentido estrito.
   (C) Agravo em execução.
   (D) Embargos de declaração.

2. **(OAB/MG – 2005/3 – adaptada) A respeito dos requisitos de admissibilidade dos recursos no processo penal, é correto afirmar que:**
   (A) Tem legitimidade para interpor o recurso de apelação, a favor do acusado, somente o seu defensor.
   (B) A contagem do prazo para interposição do recurso de apelação a favor do acusado inicia-se sempre pela intimação do defensor do acusado.
   (C) Pode o Ministério Público na fase das razões do recurso em sentido estrito desistir do recurso.
   (D) A apelação não será considerada deserta quando houver a fuga do acusado.

3. **(OAB/MG – 2006/1) A decisão do juiz que anular parte da instrução criminal, será impugnada por:**
   (A) Recurso em sentido estrito.
   (B) Apelação.
   (C) Carta testemunhável.
   (D) Embargos infringentes.

4. **(OAB/DF – 2004/2) A decisão que defere ou indefere pedido de restituição de coisas apreendidas é impugnável mediante:**
   (A) Apelação.
   (B) Recurso em sentido estrito.
   (C) Recurso de agravo.
   (D) Mandado de segurança.

5. **(OAB/SP – 124° – adaptada) O juiz indefere pedido do advogado de defesa para realização de perícia, após o término da instrução. Aponte, entre as alternativas, a que representa proceder do advogado admitido pela legislação:**
   (A) Deve reiterar o pedido nas alegações finais e, se novamente rejeitado na sentença, interpor apelação e, como matéria preliminar, alegar nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa.
   (B) Deve interpor recurso em sentido estrito com alegação de cerceamento do direito de defesa e pedir a suspensão do processo.
   (C) Deve interpor recurso em sentido estrito com a alegação de que o juiz na pode indeferir requerimento de produção de prova pela defesa e pedir a suspensão do processo
   (D) Deve se recusar a apresentar as alegações finais, porque está sendo impedido o exercício do direito constitucional da ampla defesa, e apresentar correição parcial contra o ato do juiz.

6. (OAB/SP – 125°) A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, acolhendo pedido do Ministério Público:
   (A) Pode ser imputada por correição parcial.
   (B) Pode ser impugnada por recurso em sentido estrito.
   (C) Pode ser impugnada por apelação.
   (D) É irrecorrível

7. **(OAB/SP – 132°) Para interposição de Agravo de Instrumento contra despacho denegatório de seguimento de recurso especial e extraordinário em matéria penal, o prazo é de:**
   (A) 05 (cinco) dias.
   (B) 08 (oito) dias.
   (C) 10 (dez) dias.
   (D) 15 (quinze) dias.

8. **(OAB/SP – 132°) Qual o recurso cabível em face da decisão de um juiz de primeira instância que concede ou nega ordem de *habeas corpus*?**
   (A) Recurso ordinário.
   (B) Apelação.
   (C) Recurso em sentido estrito.
   (D) Carta testemunhável.

9. **(OAB/SP – 132°) Com relação aos recursos no processo penal, é incorreto dizer que:**
   (A) Da sentença absolutória, o prazo para o ofendido interpor recurso de apelação, ou, na falta deste, do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, caso não interposto pelo Ministério Público no prazo legal, é de 15 (quinze) dias, desde que não habilitado anteriormente.
   (B) A revisão dos processos findos poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após.
   (C) Caberá recurso em sentido estrito nos casos em que se decidir o incidente de falsidade.
   (D) Assinado o termo de apelação, o apelante e o apelado, respectivamente, terão o prazo de 08 (oito) dias cada um para oferecer razões, seja no processo comum ou nos processos de contravenção

10. (OAB/SP – 132°) Assinale a alternativa correta no que tange aos recursos:
    (A) O Ministério Público poderá desistir do recurso que haja interposto.
    (B) Caberá apelação da decisão que indeferir o pedido de reconhecimento da prescrição.

(C) O réu não poderá apelar de sentença absolutória proferida em primeira instância.
(D) O juiz de 1° grau deverá recorrer de ofício da sentença que conceder *habeas corpus*.

11. **(OAB/SP – 131°) O juízo de retratação é admitido:**
(A) No recurso em sentido estrito
(B) Na apelação.
(C) No protesto por novo júri.
(D) Nos embargos infringentes.

12. **(OAB/MG – 2007) Sobre os recursos, marque a alternativa correta:**
(A) Para cada espécie de decisão, existem pelo menos dois recursos cabíveis.
(B) Todo recurso tem efeito extensivo.
(C) Em nome da ampla defesa, o recurso não exige fundamentação.
(D) Tem interesse em recorrer a parte que teve uma expectativa contrariada na decisão

13. **(OAB/MG – 2007) Da decisão de primeira instância, que nega seguimento a recurso em sentido estrito ao Tribunal competente, pode ser interposto o seguinte recurso:**
(A) Apelação.
(B) Recurso em sentido estrito.
(C) Carta testemunhável
(D) Agravo em execução.

14. **(OAB/SP – 109°) Requerida uma ordem de *habeas corpus* liberatório, junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em favor de um réu denunciado por crime de atentado violento ao pudor, a Câmara julgadora entendeu de denegar a ordem por dois votos a um. Neste caso:**
(A) Não cabe recurso contra indeferimento de *habeas corpus*
(B) É hipótese de recurso ordinário constitucional ao Superior Tribunal de Justiça, no prazo de 5 dias.
(C) Cabe recurso ordinário constitucional ao Supremo Tribunal Federal, no prazo de 5 dias.
(D) É próprio o recurso de embargo infringente junto ao próprio Tribunal, no prazo de 10 dias

15. **(CESPE – 2007.1) Assinale a opção correta acerca do processo penal:**
(A) No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus aproveitará aos outros, mesmo se fundado em motivos de caráter exclusivamente pessoal.
(B) Dispondo a sentença condenatória – transitada em julgado para a acusação – que o réu pode recorrer em liberdade, condicionando a execução da pena ao trânsito em julgado, não pode o tribunal *a quo*, em apelação exclusiva da defesa, piorar a situação do condenado, para determinar a imediata execução da reprimenda, pois isso caracteriza *reformatio in pejus*.
(C) O ato que determina a expedição de mandado de prisão – proveniente de tribunal (do relator de apelação, por exemplo) – dispensa fundamentação.
(D) Há que se falar em piora na situação do condenado por acórdão que, ao reduzir o *quantum* da condenação, determina seu imediato cumprimento, em oposição à sentença que determinara que tal só ocorresse após o trânsito em julgado.

Gabarito

1. B
2. D
3. A
4. A
5. A
6. D
7. A
8. C
9. D
10. D
11. A
12. D
13. C
14. B
15. B

Referências

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio Gomes et al. *Nova lei de drogas comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário da língua portuguesa*. Disponível em: <www.uol.com.br/houaiss>. Acesso em 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A questão da renúncia à representação na ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006)*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, set. 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Processo penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Processo penal* – parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 14 (Coleção Sinopses Jurídicas).

_____. *Processo penal* – parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 15 (Coleção Sinopses Jurídicas).

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito processual penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 19 (Série Fundamentos Jurídicos).

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.